

Compartimentering onder belastingverdragen

Naam student: S. Saboor
Studentnummer: 324871
Scriptiebegeleider: Prof. dr. P. Kavelaars
Rotterdam 21 augustus 2014

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	5
1.1	Inleiding	5
1.2	Aanleiding en probleemstelling.....	7
1.3	Afbakening en toetsingscriteria	8
1.4	Hoofdstukindeling	9
2.	Compartimentering onder het nationale recht.....	10
2.1	Inleiding	10
2.2	Compartimentering algemeen	10
2.3	Sfeerovergang.....	11
2.4	Rechterlijke compartimentering	12
2.4.1	Algemeen	12
2.4.2	Feitencompartimentering.....	12
2.4.3	Regelcompartimentering.....	18
2.5	Wettelijke compartimentering.....	21
2.5.1	Algemeen	21
2.5.2	Feitencompartimentering.....	21
2.5.3	Regelcompartimentering.....	25
2.6	Wetsvoorstel compartimenteringsreserve	26
2.7	Compartimentering en pensioenen.....	28
2.7.1	Algemeen.....	28
2.7.2	De omkeerregeling	29
2.7.3	Emigratie	29
2.7.4	Immigratie	30
2.8	Conclusie	31
3.	Compartimentering in de winstsfeer onder verdragen.....	34
3.1	Inleiding	34
3.2	Regelcompartimentering en verdragen.....	34
3.2.1	Het verdragenrecht.....	34
3.2.2	Jurisprudentie betreffende Regelcompartimentering onder belastingverdragen....	41
3.2.3	Resumé	44
3.3	Feitencompartimentering en verdragen	45

3.3.1	Algemeen	45
3.3.2	Ondernemingswinsten en het OMV	46
3.3.3	Vermogenswinsten en het OMV	53
3.4	Conclusie	55
4.	Compartimentering in de aandeelhouderssfeer.....	57
4.1	Inleiding	57
4.2	Aandelen vormende een deelneming	58
4.2.1	De deelnemingsvrijstelling.....	58
4.2.2	Compartimentering en dividenden	58
4.2.3	Compartimentering en vermogensresultaten	70
4.3	Aandelen vormende een aanmerkelijk belang.....	71
4.3.1	Inkomen uit aanmerkelijk belang algemeen	71
4.3.2	Compartimentering dividenden onder verdragen	72
4.3.3	Compartimentering vermogensresultaten onder verdragen	72
4.5	Conclusie	78
5.	Compartimentering bij arbeidsinkomen en pensioenen onder verdragen	80
5.1	Inleiding	80
5.2	Niet-zelfstandige arbeid	80
5.2.1	Niet-zelfstandige arbeid en het OMV	80
5.2.2	Jurisprudentie en compartimentering	82
5.2.3	Resumé	88
5.3	Pensioenen.....	88
5.3.1	Pensioenen en nationale wetgeving	88
5.3.2	Conserverende aanslag.....	90
5.3.3	Pensioenen en het OMV.....	95
5.3.4	Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid.....	96
5.3.5	Waardeoverdracht van pensioenen	97
5.3.6	Compartimentering onder het pensioenartikel van belastingverdragen.....	99
5.4	Conclusie	101
6.	Conclusie	103
6.1	Inleiding	103

6.2	Samenvatting.....	103
6.3	Analyse bevindingen	108
	Literatuuroverzicht	110

1. Inleiding

1.1 Inleiding

Staten zijn in beginsel bevoegd om zelf criteria te bepalen ter afbakening van hun heffingsbevoegdheid bij de belastingheffing over inkomen en vermogen. Veelal wordt de nationale heffingsbevoegdheid gebaseerd op ten minste één van de volgende beginselen: nationaliteits-, woonstaat- of bronstaatbeginsel. In de Nederlandse fiscale wetgeving is elk van de hierboven genoemde beginselen ter afbakening van de heffingsjurisdictie terug te vinden. Een samenloop van de heffingsbeginselen tussen verschillende staten kan leiden tot dubbele belastingheffing. Staten beogen deze dubbele belastingheffing eenzijdig, dan wel op basis van wederkerigheid te voorkomen. Veelal geschiedt de voorkoming van dubbele belastingheffing door de toepassing van verdragen. Voor het sluiten van deze belastingverdragen maken staten gebruik van modelverdragen ter voorkoming van dubbele belasting, die zijn ontwikkeld in 'OESO'- en 'VN'-verband. Deze belastingverdragen hebben als primair doel juridisch dubbele belastingheffing te voorkomen. Onder juridisch dubbele belastingheffing wordt de situatie verstaan waarbij één subject ten aanzien van een bepaald object door ten minste twee staten in de belastingheffing wordt betrokken. Belastingverdragen creëren in principe¹ geen heffingsrecht, maar wijzen de heffingsbevoegdheid met betrekking tot een bepaald inkomstenbestanddeel toe aan één van de verdragsstaten. Het verdrag doet dat primair door te bepalen welke van de twee staten niet mag heffen en dus ten aanzien van zijn heffingsbevoegdheid terug dient te treden.² De staat die volgens het verdrag wel mag heffen kan doorgaans alleen gebruik maken van dat toegedeelde heffingsrecht indien in de nationale belastingwet van die staat een heffingsrecht bestaat: belastingverdragen zelf creëren immers geen heffingsrecht. Indien het heffingsrecht wordt toegewezen aan een staat die in de nationale heffingswet geen heffingsrecht kent voor de desbetreffende inkomsten, kan men spreken van een situatie waarbij er door geen van de verdragsluitende staten belasting wordt geheven. Door werking van het verdrag ontstaat er in

¹ I.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: SDU 2013 (zevende herziene druk), p. 32: Per definitie zou het mogelijk zijn dat een verdrag heffingsbevoegdheid schept. Een voorbeeld is artikel 12 van het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de EU dat ambtenaren en overige personeelsleden van de Gemeenschappen onderwerpt aan een belasting ten bate van de Gemeenschappen op de betaalde salarissen, lonen en immuniteiten. Maar de huidige op het OESO-Modelverdrag en VN-Modelverdrag gebaseerde belastingverdragen hebben deze functie niet.

² A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (zevende herziene druk), p. 1 e.v.

een dergelijke situatie dus een dubbele non-heffing. Deze dubbele non-heffing is het gevolg van onder andere verschillen in de nationale stelsels van de verdragsluitende staten.³

Het voorkomen van de dubbele non-heffing wordt door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) niet als kerndoel van belastingverdragen gezien, echter nemen bilaterale verdragssluiters wel steeds vaker onderdelen in belastingverdragen op ter voorkoming van dubbele non-heffing. Voorbeelden hiervan zijn onder andere het opnemen van een onderworpenheidsvereiste, limitation-on-benefitsclausules of de uitwisseling van inlichtingen.

Zoals hierboven is vermeld zorgen de toewijzingsregels van een belastingverdrag ervoor dat de nationale heffingsbevoegdheid van een verdragsluitende staat ingeperkt wordt naar aanleiding van de overeenstemming tussen de verdragsluitende staten omtrent de onderlinge verdeling van de heffingsbevoegdheid. Het is echter denkbaar dat omstandigheden of verdragen zodanig wijzigen dat inkomsten die vóór wijziging van de omstandigheden of het verdrag door het ene land belast mochten worden, na wijziging aan het andere land ter heffing worden toegewezen. Indien men bijvoorbeeld op een later moment vervreemdingwinsten realiseert kan het voorkomen dat op het moment van de vervreemding Nederland het heffingsrecht heeft, terwijl de waardevermindering gedeeltelijk is ontstaan in de periode dat de verdragspartner het heffingsrecht zou hebben gehad over een eventuele vervreemding; hierbij komt de vraag naar compartimentering op. Bij lopende inkomsten is deze vraag in het algemeen niet aan de orde, omdat het in elk jaar waarin inkomsten opkomen in principe⁴ helder is wat het genietingsstijdstip is en welk van de verdragsluitende staten mag heffen. Er zijn echter situaties te bedenken waarbij het genietingsstijdstip bij lopende inkomsten niet duidelijk is en dus de vraag naar compartimentering alsnog een rol kan spelen. Dit is het geval bij niet-zelfstandige arbeid onder het arbeidsartikel van belastingverdragen. De vraag naar compartimentering kan in dat geval namelijk opkomen indien een inwoner zijn woonplaats van de ene verdragsluitende staat verlegt naar de andere verdragsstaat (sfeerovergang) en vervolgens een vergoeding geniet die betrekking heeft op een vóór emigratie in de eerste verdragsstaat uitgeoefende dienstbetrekking. Compartimentering kan de facto dus zowel betrekking hebben op vermogensmutaties als op bepaalde lopende inkomsten.

³ I.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: SDU 2013 (zevende herziene druk), blz. 34.

⁴ Dit kan anders zijn bij dividenden onder de deelnemingsvrijstelling. Hier wordt in hoofdstuk 2 van deze scriptie verder op ingegaan.

In de Nederlandse nationale wetgeving is er geen definitie van het begrip ‘compartimentering’ opgenomen. Dit begrip heeft zich ontwikkeld in de rechtspraak. Feitelijk houdt compartimentering in dat op het moment dat een voordeel wordt gerealiseerd door een belastingplichtige, men moet bepalen aan welke perioden het voordeel kan worden toegerekend. Indien (een deel van) het voordeel kan worden toegerekend aan een periode waarin voor de belastingplichtige een ander fiscaal regime van toepassing was dan op het feitelijke realisatiemoment, dat (deel van het) voordeel behandeld kan worden volgens dat andere fiscale regime. Kort gezegd wordt er bij compartimentering uitgegaan van een relevante verandering in (rechts)toestand (ook wel sfeerovergang genoemd) waarbij tevens de factor tijd een rol speelt.⁵ Bij de Tweede Kamer is op 2 september 2013, met betrekking tot compartimentering onder de deelnemingsvrijstelling, het wetsvoorstel compartimenteringsreserve⁶ ingediend. Aanleiding voor dit wetsvoorstel is het arrest van 14 juni 2013 (nr. 11/04538, BNB 2013/177). In dit arrest beslist de Hoge Raad dat, indien de wetgever bij wijziging van een wetsbepaling geen overgangsregeling heeft voorgeschreven, moet worden uitgegaan van de hoofdregel van onmiddellijke werking van een gewijzigde bepaling. Omdat bij wijziging van de deelnemingsvrijstelling geen overgangsregeling was opgenomen betekende dit derhalve dat de compartimenteringsleer niet van toepassing was. De wetswijziging die wordt voorgesteld, is door de Staatssecretaris van Financiën bij persbericht⁷ aangekondigd en werkt terug tot en met 14 juni 2013 (zijnde de datum van het arrest). In dit wetsvoorstel wordt compartimentering bij sfeerovergang wettelijk vastgelegd. Kort gezegd houdt de uitwerking ervan in dat indien een belastingplichtige een belang houdt in een lichaam waarbij zich een sfeerovergang voordoet, de belastingplichtige een compartimenteringsreserve dient te vormen. Hiermee wordt vastgesteld hoe hoog het bedrag is dat bij de belastingplichtige nog onder de periode vóór sfeerovergang valt. Bij realisatie zal deze reserve dus (on)belast vrijvallen volgens het regime welke gold vóór sfeerovergang.⁸

1.2 Aanleiding en probleemstelling

Zoals eerder aangegeven kan het voorkomen dat bij de realisatie van vermogensmutaties onder belastingverdragen op het moment van de vervreemding van een vermogensbestanddeel Nederland het heffingsrecht heeft, terwijl de waarde stijging gedeeltelijk is ontstaan in de periode dat de verdragspartner het heffingsrecht had over het vermogensbestanddeel. De vraag is dan

⁵ Voor een uitgebreide omschrijving van het begrip ‘compartimentering’ en de uitwerking onder Nationaal recht verwijs ik naar hoofdstuk 2 van deze scriptie.

⁶ Kamerstukken II 2012/13, 33 713, nr. 2-4.

⁷ Kamerstukken II 2012/13, 33 713, nr. 2-4

⁸ Voortgang wetsvoorstel compartimenteringsreserve, V-N 2014/3.12.

of Nederland ook over dat deel van de vervreemdingswinst mag heffen.⁹ Zoals gezegd doen dit soort compartimenteringskwesties onder belastingverdragen zich enerzijds voor bij wijziging van omstandigheden. Anderzijds doen compartimenteringskwesties onder belastingverdragen zich voor bij wijziging, beëindiging of vervanging van bestaande verdragen of bij wijziging van het OESO-commentaar en bij veranderingen in de nationale wetgeving.¹⁰ Omdat het niet ondenkbaar is dat dit soort situaties zich met enige regelmaat voordoen, is de vraag naar de uitwerking van compartimentering onder belastingverdragen relevant. Deze vraag is in de literatuur veelvuldig opgeworpen¹¹, echter wordt deze slechts gedeeltelijk beantwoord of in sommige gevallen zelfs geheel niet.

De vraag naar de uitwerking van compartimentering onder belastingverdragen is het onderwerp van deze scriptie. Daarbij staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

“Vindt ten aanzien van inkomensbestanddelen onder verdragsbepalingen een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid plaats door middel van compartimentering?”

Onder inkomensbestanddelen wordt in deze scriptie gewezen op inkomen uit de winstsfeer, de aandeelhouderssfeer, de niet-zelfstandige arbeidssfeer en bij pensioenen en lijfrenten. Bij pensioenen en lijfrente gaat het niet om een vermogenswinst of -verlies die tot realisatie komt bij vervreemding, maar om een waardeangroei. Onder evenwichtig wordt verstaan dat er geen dubbele heffing, dan wel dubbele non-heffing plaats dient te vinden.

Ten einde de vraag die in deze scriptie centraal staat te beantwoorden, worden de volgende deelvragen behandeld:

- 1) Wat wordt er onder het begrip ‘compartimenteren’ verstaan onder nationaal recht?
- 2) Is verdragscompartimentering mogelijk in de winstsfeer?
- 3) Is verdragscompartimentering mogelijk ten aanzien van de aandeelhouderssfeer?
- 4) Is verdragscompartimentering mogelijk bij arbeidsinkomen en pensioenen?

1.3 Afbakening en toetsingscriteria

In dit onderzoek beperk ik mij tot de uitwerking van compartimentering onder de verdragsartikelen die zien op de winstsfeer, particuliere sfeer en bij pensioenen. Niet zal worden uitgewerkt hoe compartimentering uitwerkt bij lijfrenten, aangezien lijfrentenrente in principe

⁹ Reactie op vragen en commentaar NOB over Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, V-N Vandaag 2011/1725.

¹⁰ H. Pijl, *Compartimentering bij verdragen*, WFR 2003/6519.

¹¹ P.J. Wattel in zijn noot bij HR 12 december 2003, V-N 2003/36.6, onder punt 7.3. Voorts: T. Bender en S. Kamman, *Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk 2008*, WFR 2011/344.

eenzelfde fiscale uitwerking kent als pensioenen zal de te behandelen uitwerking bij pensioenen ook toepassing kunnen vinden op lijfrenten. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de probleemstelling en de daarbij behorende deelvragen primair vanuit een Nederlandse invalshoek worden behandeld. Om tot een antwoord op de onderzoeksvraag te komen zal er getoetst worden aan het verdragenrecht, de bepalingen van het OESO-modelverdrag, uitvoerbaarheid, controleerbaarheid en liquiditeit. Gezien het feit dat de onderzoeksvraag ziet op compartimentering onder belastingverdragen, blijven europeesrechtelijke aspecten rond de compartimenteringsproblematiek buiten beschouwing.

1.4 Hoofdstukindeling

De opbouw van deze scriptie is als volgt. Hoofdstuk 2 biedt een overzicht van de nationale jurisprudentie en wetgeving waarin het begrip ‘compartimentering’ duidelijk wordt gemaakt. In dit hoofdstuk ga ik tevens na in welke nationale situaties de wetgever en de rechter tot compartimentering beslissen en welke criteria of beginselen zij daarbij hanteren. Aan de hand hiervan wordt gezocht naar een algemene definitie van het begrip ‘compartimentering’. In hoofdstuk 3 wordt een onderscheid gemaakt tussen sfeerovergangen als gevolg van wijzigingen van het toepasselijke belastingverdrag en sfeerovergangen als gevolg van verandering van feiten. Wat de wijziging van het toepasselijke belastingverdrag betreft wordt stilgestaan bij de uitleg van belastingverdragen, hierbij speelt het Verdrag van Wenen betreffende het Verdragenrecht een belangrijke rol. Voor de verandering in de feiten wordt per vermogensbestanddeel bekeken of compartimentering mogelijk is onder het desbetreffende verdragsartikel. Dit hoofdstuk beperkt zich tot de winstsfeer waardoor bij de uitwerking van feitencompartimentering slechts worden ingegaan op het ondernemingswinstartikel en het vermogenswinstartikel van belastingverdragen. Hoofdstuk 4 beperkt zich vervolgens tot de aandeelhouderssfeer. Met betrekking tot mogelijke compartimentering van inkomsten uit de aandeelhouderssfeer wordt er een onderscheid gemaakt tussen twee typen inkomsten. Enerzijds zijn dit inkomsten door vervreemding van aandelen en anderzijds gaat het om dividenden. Bij de uitwerking van compartimentering in dit hoofdstuk wordt derhalve slechts ingegaan op het vermogenswinstartikel en het dividendartikel van belastingverdragen. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op mogelijke compartimentering bij arbeidsinkomsten en pensioenen. Bij de uitwerking van compartimentering in dit hoofdstuk wordt derhalve ingegaan op het niet-zelfstandige arbeidsartikel en pensioenartikel van belastingverdragen. In hoofdstuk 6 wordt ter afronding aangegeven tot welke uitkomsten het onderzoek heeft geleid.

2. Compartimentering onder het nationale recht

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op compartimentering onder het nationale recht, met centraal staand de vraag: 'Wat wordt er onder het begrip 'compartimentering' verstaan onder nationaal recht?'. Allereerst wordt een algemene begripsomschrijving geschetst, vervolgens wordt er ingegaan op rechterlijke compartimentering en wettelijke compartimentering. Op basis van de nationale jurisprudentie en wetgeving wordt nagegaan in welke situaties de rechter en de wetgever tot compartimentering beslissen. Aan de hand van de bevindingen wordt ten slotte antwoord gegeven op de in dit hoofdstuk centraal staande vraag. De arresten en de wetsartikelen die hierna worden behandeld komen slechts aan de orde voor zover zij de compartimentering raken.

2.2 Compartimentering algemeen

Het begrip 'compartimentering' heeft zich in eerste instantie ontwikkeld in de fiscale rechtspraak. De definitie van dit begrip is niet in de wet opgenomen en kent ook geen eenduidige omschrijving door de rechter. Zo treft men in de fiscale literatuur verschillende omschrijvingen van het begrip compartimentering aan. Volgens Van den Hurk¹² ziet het begrip compartimentering op het verdelen van de winst van een vennootschap in tijdvakken en ligt het in het verlengde van het begrip onderworpenheid. Van Nieuwenhuizen¹³ omschrijft het begrip compartimentering als splitsing van fiscale sferen in de tijd. Pijl¹⁴ omschrijft het begrip als het verdelen van voordelen die ten tijde van een juridisch relevant moment (realisatiemoment) onder een bepaald rechtsregel vallen maar feitelijk toegerekend kunnen worden aan een periode waarop een andere rechtsregel gold en voor dat deel onder de tweede rechtsregel kunnen worden belast. Volgens Van Ballegooijen¹⁵ gaat het bij compartimenteren om het verdelen van winsten en inkomsten over tijdvakken met een verschillend regime. De verschillende omschrijvingen van het begrip compartimentering hebben gemeen dat op het moment waarbij een voordeel wordt gerealiseerd, men moet bepalen aan welke perioden en daarmee aan welk fiscaal regime het voordeel kan worden toegerekend. Indien het voordeel kan worden toegerekend aan een periode waarin voor de belastingplichtige een ander fiscaal regime van toepassing was dan op het feitelijke realisatiemoment, dat deel behandeld kan worden volgens

¹² H.T.P.M. van den Hurk, *Onderworpenheid en Compartimentering; Europees geïnterpreteerd*, WFR 1994/1434.

¹³ G.J. van Nieuwenhuizen, *Geen compartimentering voor de fiscale beleggingsinstelling bij verliesverrekening*, WFR 1993/900.

¹⁴ H. Pijl, *Compartimentering bij verdragen (BNB 2002/402)*, WFR 2003/359.

¹⁵ A-G Van Ballegooijen, Conclusie 29 december 2005, nr. 41 105, V-N 2006/12.13, overweging 6.2.

dat andere fiscale regime. Er wordt bij compartimentering dus uitgegaan van een relevante verandering in (rechts)toestand waarbij tevens de factor tijd een rol speelt.¹⁶ Een dergelijke 'sfeerovergang' kan in het algemeen plaatsvinden door een verandering in de feiten (feitencompartimentering), of een verandering in de wet- en regelgeving en van een wijziging in de rechtspraak ten aanzien van de toepassing van een bepaalde regel (regelcompartimentering).¹⁷

2.3 Sfeerovergang

Zoals hierboven omschreven komt het compartimenteringsleerstuk aan de orde indien er een sfeerovergang plaatsvindt. Een sfeerovergang kan intreden indien omstandigheden of regelgeving zodanig worden aangepast dat bepaalde inkomsten of vermogensbestanddelen volgens een ander regime worden belast dan voorheen.¹⁸ Bij regelcompartimentering kan dit het geval zijn als bijvoorbeeld bronvoorwaarden worden aangepast vanwege een verandering in de wet- en regelgeving. Van sfeerovergangen als gevolg van veranderingen in de feiten kan men spreken indien een belastingplichtige vanwege een wijziging in de feitelijke omstandigheden niet meer aan bepaalde wettelijke voorwaarden voldoet waar deze vóór wijziging wel aan voldeed en daardoor een regel niet meer van toepassing is of juist van toepassing wordt. In beide voorbeelden ontstaan er verschillende 'sferen' die we ook 'compartimenten' kunnen noemen, namelijk de periode vóór toetreding van een wijziging waarin er een bepaald fiscaal regime van toepassing is en de periode ná wijziging, waarbij er een andere fiscale regime van toepassing wordt. Indien een belastingplichtige na sfeerovergang een bepaald voordeel realiseert, wordt dit voordeel in beginsel belast volgens de fiscale regels die op dat moment van toepassing zijn en niet volgens het fiscale regime dat vóór de wijziging van toepassing was. Compartimentering zorgt er in die situaties voor dat het deel van het gerealiseerde voordeel dat is toe te rekenen aan de periode vóór de wijziging alsnog belast kan worden volgens de regels van het in die periode toepasselijk fiscale regime.

¹⁶ D.S. Smit, *Compartimentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 5.

¹⁷ M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever*, Deventer: Kluwer 2012, p. 87.

¹⁸ M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever*, Deventer: Kluwer 2012, p. 102.

2.4 Rechterlijke compartimentering

2.4.1 Algemeen

Zoals eerder genoemd heeft het begrip 'compartimentering' zich ontwikkeld in de rechtspraak. In de volgende sub-paragrafen wordt ingegaan op jurisprudentie waarin de rechter tot compartimentering heeft beslist. In dat verband wordt eerst ingegaan op feitencompartimentering en vervolgens op regelcompartimentering.

2.4.2 Feitencompartimentering

Landbouwwijstelling

De compartimenteringsgedachte vindt zijn oorsprong in een arrest van de Hoge Raad uit 1955¹⁹ ten aanzien van de landbouwwijstelling, zij het dat de term 'compartimentering' destijds nog niet werd gebruikt. Kort gezegd stelt de landbouwwijstelling de voordelen uit landbouwbedrijf ter zake van waardeveranderingen van gronden vrij.²⁰ Belanghebbende staakt in het arrest uit 1955 haar landbouwbedrijf waarna zij haar bezittingen, waaronder stukken grond, verkoopt. In geschil is of de boekwinst behaald met de verkoop van de gronden onder de landbouwwijstelling van artikel 6, lid 2, Besluit op de inkomstenbelasting 1941 (hierna: Besluit IB 1941) valt. Het feit dat de gronden op moment van de verkoop, dus bij realisatie van de waardestijging, niet meer behoorden tot een landbouwbedrijf in de zin van artikel 18 van dat besluit nam volgens de Hoge Raad niet weg dat de waardeaanwinst die bij realisatie tot uitdrukking kwam gedeeltelijk was toe te schrijven aan de periode waarop de gronden nog deel uitmaakten van een landbouwbedrijf. De Hoge Raad beslist dat de waardestijging behandeld moet worden volgens twee verschillende regelingen waartussen de scheidslijn wordt bepaald door het moment van beëindiging van de landbouwbedrijf. Belastingplichtige komt in casu van een vrijgestelde sfeer in een belaste sfeer terecht. Wanneer na de sfeerovergang een realisatiemoment plaatsvindt, kan men de gerealiseerde winst compartimenteren. Het gedeelte van de winst welke daadwerkelijk is ontstaan in de periode vóór de sfeerovergang mag alsnog worden belast onder het regime die destijds van toepassing was. In casu werd de landbouwwijstelling dus alsnog van toepassing geacht.

Een ander belangrijk arrest met betrekking tot de landbouwwijstelling is BNB 1965/160²¹. In dit arrest gaat het om een stuk grond welke te boek staat voor f 12.000, - per ha. De grond was in de tijd dat deze gebruikt werd in het landbouwbedrijf in waarde gestegen tot f 19.000, - per ha.

¹⁹ HR 23 november 1955, nr. 12 448, BNB 1956/39 met noot M.J.H. Smeets.

²⁰ Artikel 3.12 Wet IB 2001.

²¹ HR 17 maart 1965, nr. 15 349, BNB 1965/160 met noot J. Hollander.

Daarna werd de grond verpacht en als verpachte grond verkocht voor f 17.000, - per ha. Belanghebbende wilde de waarde bij realisatie ontleden in een, vanwege de landbouwwijziging, onbelaste waardeverhoging van f 19.000, - minus f 12.000, - en vervolgens een verlies aanmerken van f 17.000, - minus f 19.000, -. De Hoge Raad beslist dat de strekking van artikel 6, lid 2, Besluit IB 1941 niet zo ver gaat, dat verliezen of winsten die in werkelijkheid niet zijn geleden in de winstberekening zouden worden betrokken. In dit geval mocht er dus niet worden gecompartmenteerd naar een verlies van f 2.000, -. De gedachte dat feitelijk niet geleden verliezen of niet behaalde winsten niet in de winstberekening voor de belastingheffing betrokken mogen worden en daarom de feitelijke realisatie doorslaggevend is, is bevestigd in BNB 2012/181²².

Deelnemingsvrijstelling

Met het arrest BNB 1986/305²³ is de basis gelegd van de compartimentering in de deelnemingsvrijstelling. Dit arrest betreft een moedermaatschappij voor wie de aandelen in de dochter tot het einde van 1974 een deelneming vormden. De dochter werd vervolgens met ingang van 1975 aangemerkt als fiscale beleggingsinstelling ex artikel 28 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969), waardoor de aandelen in deze dochter niet meer werden aangemerkt als een deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. In 1978 vervreemdt de moeder één van haar aandelen in de dochter. In geschil was of bij de verkoop de vervreemdingswinst gecompartmenteerd moest worden nu gegeven was dat de waardeverandering van de aandelen toekwam aan de periode waarin de deelnemingsvrijstelling van toepassing was. Gezien het voordeel al aanwezig was vóór sfeerovergang, oordeelt de Hoge Raad dat een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat de vrijstelling ook toegepast dient te worden als het daadwerkelijke realisatiemoment valt binnen de periode waarin de vrijstelling is vervallen. De gehele boekwinst bleef dus onbelast omdat vanwege compartimentering alsnog de deelnemingsvrijstelling daarover van toepassing werd geacht.

In het arrest BNB 1991/268²⁴ heeft de Hoge Raad de compartimenteringsgedachte nog eens toegelicht waarbij is geoordeeld dat ook een verlies dat deels is toe te rekenen aan een periode waarin de deelnemingsvrijstelling van toepassing was, gecompartmenteerd dient te worden. Het verlies was ontstaan wegens de afwaardering op een pakket aandelen dat ondertussen geen

²² HR 13 april 2012, nr. 11/01333, BNB 2012/181 met conclusie A-G Niessen en noot Meussen.

²³ HR 2 juli 1986, nr. 23 444, BNB 1986/305 met conclusie A-G van Soest en noot G. Slot.

²⁴ HR 19 juni 1991, nr. 26 102, BNB 1991/268 met conclusie A-G Verburg en noot J. Duch.

deelneming meer vormde omdat het door een voorafgaande verkoop onder de 5%-grens was gebracht. Dit boekverlies viel volgens de Hoge Raad onder de deelnemingsvrijstelling en was dus niet aftrekbaar.

In het arrest van 18 maart 1992²⁵ heeft de Hoge Raad het begrip compartimenteren als leer erkend. De Hoge Raad verklaart namelijk aan het slot van onderdeel 4.8 van het arrest “dat het hof terecht van deze leer is uitgegaan”. Belanghebbende in dit arrest was een BV die een groothandel in farmaceutische artikelen en medische apparatuur uitoefende. In oktober 1978 heeft belanghebbende een participatie van 88% verkregen in een Belgische vennootschap, waarvan de activiteit bestond uit de handel in medische apparatuur. Vervolgens heeft belanghebbende in 1980 de handel in medisch apparatuur afgestoten. De participatie van belanghebbende was op 3 september 1981 gedaald van 88% tot 3%. Per einde 1981 heeft belanghebbende de participatie afgewaardeerd tot nihil. De Hoge Raad beslist in dit arrest dat de compartimenteringsleer terecht is toegepast door de afwaardering van de deelneming, voor zover deze moet worden toegerekend aan de periode tot 3 september 1981, buiten beschouwing te laten bij het bepalen van de winst van belanghebbende over 1981. Dit omdat men door de daling niet meer voldeed aan de voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Voor het eerst is na dit arrest expliciet gesproken van het begrip ‘compartimenteringsleer’. Volgens Den Boer²⁶ ontstaat er door deze methode van uitlegging een meer algemeen karakter waardoor de Hoge Raad ook op terreinen van sfeerovergang waarvoor niet een expliciete voorziening is getroffen, van deze leer uit zou kunnen gaan.

In de hierboven behandelde arresten gaat het steeds om een sfeerovergang van de onbelaste naar de belaste sfeer. In het arrest van 17 mei 1995²⁷ is door de Hoge Raad beslist dat compartimentering ook toepassing kan vinden bij sfeerovergangen van een belaste naar een onbelaste sfeer. Dit arrest betreft een belanghebbende met een belang in een buitenlandse vennootschap. Deze buitenlandse vennootschap werd aangemerkt als een niet kwalificerende beleggingsinstelling omdat zij niet was onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Op enig moment werd de zetel van de dochtervennootschap naar Nederland verplaatst en werd zij binnenlands belastingplichtig. Vanaf dit moment was de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing met betrekking tot de dochtervennootschap. Enig tijd na de sfeerovergang werd de dochtervennootschap

²⁵ HR 18 maart 1992, nr. 27 461, BNB 1992/195 met noot van Juch.

²⁶ P. den Boer, noot bij HR 18 maart 1992, nr. 27 461, BNB 1992/195c.

²⁷ HR 17 mei 1995, nr. 30 268, BNB 1995/250 met noot P.H.J. Essers.

geliquideerd. In geschil was of de waardeangroei (het verschil tussen de liquidatie-uitkering en de kostprijs) in zijn geheel als vrijgesteld voordeel uit hoofde van een deelneming in de zin van artikel 13 Wet VPB 1969 (tekst: 1983) was aan te merken. De Hoge Raad beslist dat het voordeel behaald bij de liquidatie slechts vrijgesteld is voor zover dit toe te rekenen is aan de periode waarin de deelnemingsvrijstelling van toepassing was. Met dit arrest bevestigt de Hoge Raad tevens dat de in het kader van de deelnemingsvrijstelling ontwikkelde compartimenteringsgedachte eveneens van toepassing is op liquidatie-uitkeringen.

De Hoge Raad heeft zich echter nog niet uitgesproken over de vraag of de compartimenteringsleer ook toepassing kan vinden ten aanzien van dividenden. Albert²⁸ is van mening dat het na het arrest van 17 mei 1995 voor de hand ligt dat compartimentering eveneens toepassing vindt ten aanzien van dividenden, een liquidatie-uitkering is immers als een bijzondere vorm van dividend te beschouwen. Van Dijk²⁹ noemt het voorkomen van willekeur als argument voor toepassing van de compartimenteringsleer op dividenduitkeringen. Aangezien de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een redelijke en billijke toepassing als ook doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling ertoe leiden dat compartimentering van toepassing is op voordelen uit hoofde van een deelneming, zal compartimentering tevens van toepassing moeten zijn op winstuitkeringen. Ook Wattel³⁰ concludeert dat ingeval van regimewijziging door veranderingen van omstandigheden, gezien de jurisprudentie en daaraan ten grondslag liggende uitleg van de strekking van de deelnemingsvrijstelling (ne bis in idem; redelijke wetstoepassing), compartimentering van dividenden voor de hand ligt. Dividend vormt in principe³¹ net als waardeveranderingen en liquidatie-uitkeringen een voordeel uit deelneming. Ik sluit mij aan bij de hierboven genoemde argumenten dat op grond van willekeur en redelijke toepassing van de deelnemingsvrijstelling, compartimentering ook voor dividenden dient te gelden. Voorgaande vindt tevens steun in de wetsgeschiedenis bij artikel 13 Wet VPB 1969³², waarin uitdrukkelijk is opgemerkt dat compartimentering zowel vermogensresultaten als winstuitkeringen kan betreffen. Als tegenargument voor het compartimenteren van dividenden worden praktische problemen genoemd³³. Het is namelijk niet eenvoudig om dividenden toe te

²⁸ P.G.H. Albert, noot bij HR 17 mei 1995, nr. 30 268, FED 1995/458.

²⁹ R.T.E. van Dijk, *Dividendtoerekening en waardeveranderingen binnen de deelnemingsvrijstelling*, MBB 1992/138.

³⁰ Conclusie A-G Wattel bij HR 14 juni 2013, nr. 11/0458, BNB 2013/177.

³¹ Meegekocht dividend geldt niet als een voordeel uit deelneming, deze wordt afgeboekt op de kostprijs van de deelneming, zie onder andere HR 5 december 1984, nr. 22.486, BNB 1986/351, HR 10 oktober 1973, nr. 17.145, BNB 1974/1, en HR 25 januari 1961, nr. 14.429, BNB 1961/101.

³² MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 16.

³³ P.G.H. Albert, noot bij HR 17 mei 1995, nr. 30 268, FED 1995/458.

rekenen aan de perioden vóór en ná sfeerovergang. Een voorstel van de NOB³⁴ is om dividenden toe te rekenen op basis van een fifo-methode. Ik kom daar bij de behandeling van het wetsvoorstel compartimenteringsreserve in paragraaf 2.6 op terug.

Een belangrijk arrest met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling is BNB 1997/101³⁵. In dit arrest is de deelnemingsvrijstelling van een extra dimensie voorzien. Hier is namelijk beslist dat compartimentering ertoe leidt dat de kostprijs van aandelen die voorheen een deelneming vormden, bij verlies van die deelnemingsstatus opnieuw moet worden vastgesteld op de waarde in het economische verkeer die op dat moment geldt. Er dient onmiddellijk voorafgaand aan de sfeerovergang een herwaardering plaats te vinden. Het resultaat dat bij de herwaardering tot uiting komt valt binnen de deelnemingsvrijstelling. In de periode na de sfeerovergang wordt de deelneming gewaardeerd tegen de nieuwe vastgestelde kostprijs of indien deze lager is de waarde in het economische verkeer. Het goedkoopmansgebruik laat toe bij een statuswisseling een ander waarderingsstelsel te kiezen.³⁶ Daar waar in de eerdere compartimenteringsrechtspraak een sfeerovergang niet leidde tot een onmiddellijke herwaardering, maar waar compartimentering pas plaats vond op het daadwerkelijke realisatiemoment, is met dit arrest beslist dat er direct bij sfeerovergang al geherwaardeerd en dus gecompartmenteerd dient te worden. Uit dit oordeel blijkt dat de Hoge Raad een volledige compartimentering voorstaat bij de deelnemingsvrijstelling, dat betekent dat de reikwijdte van de compartimenteringsjurisprudentie zo ver strekt dat een door de moedermaatschappij feitelijk (nog) niet behaalde winst of verlies op haar aandelenparticipatie in haar winstberekening zou moeten worden betrokken.³⁷

Verliescompensatie

Met betrekking tot compartimentering en verliescompensatie kan gewezen op BNB 1980/214³⁸. In dit arrest ging het om een aandeelhouderswijziging. Het geschil betrof het antwoord op de vraag of de regeling van artikel 20, lid 5 (oud) Wet VPB 1969 van toepassing werd geacht. Deze regeling ziet op de beperking van verliesverrekening betreffende geleden verliezen behaald vóór het tijdstip van een aandeelhouderswisseling met winsten behaald ná dit tijdstip. De regeling ziet ook op vervreemdingswinsten behaald ná aandeelhouderwisseling die voortvloeien uit stille reserves, die reeds aanwezig waren ten tijde van de overgang van het aandelenbelang. De

³⁴ NOB 30 januari 2014, *Aanvullend commentaar NOB op wetsvoorstel compartimenteringsreserve*, FIDA 20140442.

³⁵ HR 22 januari 1997, nr. 31 748, BNB 1997/101 met conclusie A-G van Soest en noot J.A.G. van der Geld.

³⁶ Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht*, Vpb.2.4.4.D.d Besluiten gepubliceerd in BNB 2000/71 en BNB 2004/445.

³⁷ Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht*, Vpb.2.4.4.D.c Volledige compartimentering.

³⁸ HR 6 juni 1979, nr. 19 154, BNB 1980/214 met conclusie A-G van Soest en noot Slot.

Hoge Raad besliste dat de geschiedenis van de totstandkoming van de regeling strekt tot verrekening van winsten die behaald werden na de aandeelhouderwisseling met verliezen van vóór de aandeelhouderswisseling voor zover die winsten konden worden toegerekend aan stille reserves die vóór de aandeelhouderwisseling al aanwezig waren.

In BNB 1993/207³⁹ was in geschil of de compartimenteringsleer toegepast kon worden bij de terugwenteling van een verlies uit een normaal belaste periode naar een periode waarin het lichaam werd aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling. De Hoge Raad merkt op dat er met betrekking tot beleggingsinstellingen geen bijzondere regeling is getroffen met betrekking tot de verliescompensatie. Er werd niet geacht een wijziging plaats te hebben gevonden wanneer de belastingplichtige zijn status als beleggingsinstelling verloor, dit betekende dat de normale verliesverrekeningsregels van toepassing waren. De belastingplichtige werd verplicht het verlies dat ontstaan was nadat de belastingplichtige geen fiscale beleggingsinstelling meer was achterwaarts te verrekenen met de winst uit de periode waarin hij dat wel was. In casus werden de verliezen verrekend met beleggingswinsten die tegen een 0%-tarief belast werden. In de literatuur heeft deze uitspraak van de Hoge Raad tot veel kritiek geleid omdat men van mening was dat de Hoge Raad met zijn uitspraak niet tot een in het systeem van de wet passende uitwerking is gekomen.⁴⁰ Naar aanleiding van dat arrest is daarom ingaande 1 januari 1995 een speciale compartimenteringsregeling opgenomen in artikel 20, lid 3 Wet VPB 1969. Deze regeling zegt dat verliezen geleden in een periode waarin een belastingplichtige als een beleggingsinstelling is aangemerkt, niet verrekenbaar zijn met de belastbare winsten die buiten de statusperiode zijn genoten en andersom zijn verliezen die buiten de statusperiode zijn geleden niet verrekenbaar met de winsten die binnen de statusperiode zijn genoten.

Hypothecaire rente

In 1987⁴¹ is ook met betrekking tot de hypothecaire rente van artikel 49 Wet IB 1964 door de Hoge Raad beslist tot compartimentering. In dit arrest had een buiten Nederland wonende belanghebbende een hypothecaire vordering op een in Nederland gelegen onroerend goed. Op het moment dat de rente werd ontvangen was de vordering niet meer hypothecair verzekerd en werd deze dus niet meer aangemerkt als een hypothecaire vordering conform artikel 49, lid 1, sub b, onder 3 Wet IB 1964. De Hoge Raad beslist in dit arrest dat de rente gesplitst moest

³⁹ HR 11 november 1992, nr. 28 031, BNB 1993/207 met noot Hoogendoorn.

⁴⁰ N.H. de Vries en R.J. de Vries, Cursus Belastingrecht, Vpb.(oud).4.0.0.A.a Voorwaartse en achterwaartse verliesverrekening.

⁴¹ HR 2 juli 1986, nr. 24 837, BNB 1988/59, met noot van Brunschot.

worden, namelijk in een deel dat betrekking heeft op de periode dat de vordering hypothecair gedekt was en een deel over de periode dat de vordering niet gedekt was en onbelast bleef.

Het aanmerkelijkbelangregime

Sfeerovergangen kunnen zich ook voordoen bij het aanmerkelijk belang (hierna: ab). Aandelen of winstbewijzen kunnen bijvoorbeeld op enig moment tot een ab gaan behoren of juist ophouden tot een ab te behoren. Deze aandelen of winstbewijzen gaan dan over van box I of box III naar box II of vice versa. De vraag is dus of men de compartimenteringsleer ook toe kan passen op het ab-regime. In BNB 1976/273⁴² verkreeg belanghebbende door schenking een pakket aandelen. De aandelen gingen enige tijd later voor belanghebbende een ab vormen. Belanghebbende stelt dat voor de vaststelling van de verkrijgingsprijs ex artikel 39 Wet IB 1964 uitgegaan moet worden van de waarde die aan de aandelen toegekend kunnen worden op het tijdstip dat de aandelen voor belanghebbende een ab gaan vormen, dus de waarde in het economische verkeer op moment van sfeerovergang (compartimentering). De Hoge Raad bevestigt echter de Hofuitspraak en beslist dat de opvatting van belanghebbende geen steun vindt in de tekst van artikel 39 Wet IB 1964. De historische kostprijs werd dus als verkrijgingsprijs gehanteerd, ook indien de aandelen of winstbewijzen pas op een later tijdstip tot een ab gingen behoren. Per 1 januari 2001 bepaalt artikel 4.23 Wet IB 2001 dat indien aandelen of winstbewijzen op enig moment na de verkrijging ervan tot een ab gaan behoren, de verkrijgingsprijs wordt gesteld op waarde in het economische verkeer op dat moment. Als men onder de Wet IB 2001 niet aan zou sluiten bij de waarde in het economische verkeer op moment van sfeerovergang en de historische verkrijgingsprijs zou blijven hanteren, leidt dat tot dubbele belastingheffing. Dit omdat bij de overgang van box I naar box II er wordt afgerekend over de waarde in het economische verkeer in box I en bij overgang van box III naar box II de aandelen en winstbewijzen jaarlijks reeds voor deze waarde in het economische verkeer in de heffing zijn betrokken⁴³.

2.4.3 Regelcompartimentering

Er is geen omvangrijke jurisprudentie te vinden waarin de rechter compartimentering toepast in geval van veranderingen in de wetgeving. De Hoge Raad heeft zich dan ook zelden uitgelaten over de toepassing van compartimentering ingeval van wetswijzigingen. Volgens Advocaat-

⁴² HR 3 november 1976, nr. 18 091, BNB 1976/273.

⁴³ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting*, Deventer: Kluwer 2014 (tiende herziene druk), p. 615.

Generaal (hierna: A-G) Wattel⁴⁴ is compartimentering bij wetswijziging niet vergelijkbaar met compartimentering bij wijziging van de feiten. In het laatste geval geldt de wet namelijk ongewijzigd voort waarbij slechts beoordeeld moet worden hoe de bestaande wet toegepast dient te worden op de gewijzigde omstandigheden. Dit is wetsinterpretatie en dus aan de rechter om daarover te beoordelen. Van een wetswijziging kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de wetgever een bepaalde wet afschaft. Het is daarom ook aan de wetgever en niet aan de rechter om een dergelijke wet nog steeds te laten gelden of te bepalen hoe die afgeschafte wet hoe lang nog voor welke gevallen moet gelden. Dit verschil in karakter tussen compartimentering bij wetswijziging en compartimentering bij wijziging van feitelijke omstandigheden is volgens A-G Wattel ook de reden waarom de Hoge Raad zich zelden heeft uitgelaten over de toepassing van compartimentering ingeval van wetswijziging.

In 2004⁴⁵ heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin er onder meer sprake was van compartimentering bij sfeerovergang door wetswijziging. Dit arrest was met betrekking tot de wijziging van de landbouwwijziging per 27 juni 2000. Vóór wijziging was de landbouwwijziging na vervreemding van de grond namelijk nog steeds van toepassing mits de grond ten minste zes jaar na de vervreemding in de agrarische sfeer bleef. In de praktijk zocht men die termijn echter bewust op waardoor het mogelijk was om bestemmingswijzigingen onbelast te realiseren. Volgens de wetgever is dit niet de bedoeling geweest van de regeling en is deze aangepast bij wijziging van de regeling per 27 juni 2000. Er is niet gekozen voor een overgangsregeling omdat het voorstel uitsluitend een reparatie betreft van de landbouwwijziging.⁴⁶ Belanghebbende wil in verband met de wijziging van de landbouwwijziging per 27 juni 2000 de ondergrond van het woongedeelte van zijn boerderij en de daarbij behorende tuin per 26 juni 2000 overbrengen naar zijn privévermogen waarbij hij de gerealiseerde boekwinst onder de vrijstelling wil laten vallen en dus de waardeaanwinst tot dan toe wil compartimenteren. De Hoge Raad beslist dat er uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat de wetgever met de terugwerkende kracht verbonden aan de inwerkingtreding van de wijziging, tot uitdrukking heeft gebracht dat de vrijstelling vóór wijziging van de waardeverhoging niet meer kan bestaan aangezien de wetswijziging tot doel heeft de landbouwwijziging op dat punt te repareren. Hiermee heeft de Hoge Raad compartimentering afgewezen met het argument dat toepassing van de compartimenteringsleer afbreuk zou doen aan hetgeen de wetgever met de wetswijziging heeft beoogd.

⁴⁴ A-G Wattel, Conclusie bij Hoge Raad 14 juni 2013, nr 11/0458, BNB 2013/177.

⁴⁵ HR 19 november 2004, nr. 39 840, BNB 2005/77 met noot Meussen.

⁴⁶ Nnav, Kamerstukken II, 2000/01, 27 209, nr. 6, p. 67-68.

In een arrest uit 2013⁴⁷ is de Hoge Raad uitgebreider ingegaan op de toepassing van compartimentering bij sfeerovergang door wetswijziging. De wetswijziging had betrekking op de deelnemingsvrijstelling. Belanghebbende houdt 49% van de aandelen in twee vennootschappen die naar het recht van de Verenigde Arabische Emiraten zijn opgericht en aldaar zijn gevestigd. Van 1994 tot en met 2005 had belanghebbende een ruling waarin was opgenomen dat het ontbreken van een winstbelasting in de Verenigde Arabische Emiraten de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet verhinderde, waardoor de deelnemingsvrijstelling alsnog van toepassing was op de twee deelnemingen. Per 31 december 2005 was op grond van een resolutie van de Staatssecretaris⁴⁸ de ruling ingetrokken waardoor de deelnemingsvrijstelling in 2006 niet meer gold. Vervolgens is door de wet werken aan winst de deelnemingsvrijstelling per 1 januari 2007 aangepast waarbij de onderworpenheidseis zoals deze tot dan toe werd gehanteerd kwam te vervallen. Voor belanghebbende betekent deze wetswijziging dat de deelnemingsvrijstelling per 1 januari 2007 wel van toepassing werd op de twee buitenlandse deelnemingen. Op 17 december 2007 hebben de twee deelnemingen een dividend betaalbaar gesteld aan belanghebbende waarvan een gedeelte is toe te rekenen aan 2006 en een gedeelte aan 2007. Rechtbank Haarlem had geoordeeld dat op de dividenden die toerekenbaar zijn aan 2006 de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. De Rechtbank is van oordeel dat de compartimenteringsleer ook geldt bij sfeerovergang als gevolg van wetswijziging (regelcompartimentering). Deze overweging is gebaseerd op de volgende uitspraak van de wetgever⁴⁹:

'Een sfeerovergang kan een gevolg zijn van een wetswijziging waarmee de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling wordt uitgebreid of ingeperkt. Een sfeerovergang kan ook een gevolg zijn van een wijziging in de feiten of omstandigheden (bijvoorbeeld indien een aandeelhouder een deel van zijn aandelenpakket vervreemdt), waardoor het overblijvende belang kleiner wordt dan 5% en niet langer als deelneming kwalificeert of als door een emissie een aandelenbelang verwatert en onder de 5% zakt. Zowel bij een sfeerovergang als gevolg van een wetswijziging, als bij een sfeerovergang als gevolg van een wijziging in de feiten of omstandigheden, is het uitgangspunt dat de resultaten die met het desbetreffende aandelenbelang worden behaald, worden gecompartmenteerd. Dit houdt in dat die resultaten moeten worden uitgesplitst in een

⁴⁷ HR 14 juni 2013, nr. 11/04538, BNB 2013/177 met conclusie A-G Wattel en noot de Vries.

⁴⁸ NnaV, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr.8, p. 39-40.

⁴⁹ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 16.

deel dat wordt toegerekend aan de vrijgestelde periode en een deel dat wordt toegerekend aan de belaste periode. Compartimentering kan zowel vermogensresultaten als winstuitkeringen betreffen. Ook bij sfeerovergangen als gevolg van de onderhavige voorstellen op het gebied van de deelnemingsvrijstelling zal moeten worden gecompartmenteerd. Dit betekent dat er op dit punt geen specifieke overgangsbepalingen nodig zijn. Een nieuw element is dat er niet langer twee sferen zijn (een belaste en een vrijgestelde), maar drie (een belaste sfeer, een verrekenings sfeer en een vrijstellings sfeer).'

Uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de wetswijziging blijkt echter dat de wetgever er bewust voor gekozen heeft om de compartimenteringsleer niet wettelijk vast te leggen.⁵⁰ De Hoge Raad beslist daarom dat indien de wetgever bij wijziging van een wetsbepaling in de Wijzigingswet geen overgangsbepaling heeft opgenomen, men uit moet gaan van de hoofdregel van onmiddellijke werking van de gewijzigde bepaling. Bij afwezigheid van een dergelijke overgangsbepaling is het niet aan de rechter om in afwijking van de nieuw geldende wettekst de wetsbepaling die vóór wetswijziging van toepassing was toe te blijven passen. Vanwege het ontbreken van overgangsrecht mocht er na wetswijziging dus niet worden gecompartmenteerd.

2.5 Wettelijke compartimentering

2.5.1 Algemeen

In de nationale fiscale wetgeving zijn er op een aantal plaatsen bepalingen te vinden die in overeenstemming zijn met de compartimenteringsleer zoals deze is ontwikkeld in de jurisprudentie. In de volgende sub-paragrafen wordt ingegaan op de bepalingen die in de wet zijn opgenomen welke tot compartimentering leiden bij sfeerovergang. In dat verband zal eerst feitencompartimentering worden behandeld en vervolgens regelcompartimentering.

2.5.2 Feitencompartimentering

Artikel 13a Wet VPB 1969

Artikel 13a Wet VPB 1969 betreft een waarderingsvoorschrift voor gehouden aandelenbelangen van 25% of meer in beleggingsdeelnemingen. Deze bepaling leidt tot een wettelijke compartimentering. Met ingang van het tijdstip waarop het eerste lid geen toepassing meer vindt wordt namelijk de verkrijgingsprijs van het belang in het lichaam voor de bepaling van de winst gesteld op boekwaarde van het belang op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan dat waarop het eerste lid geen toepassing meer vindt. Door de verplichte waardering naar boekwaarde

⁵⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 39-40.

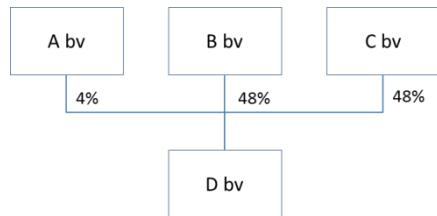
bewerkstelt deze bepaling dat de voorgeschreven verplichte jaarlijkse waardering naar de waarde in het economisch verkeer van het aandelenbelang op het moment van statuswijziging definitief wordt. Deze bepaling voorkomt dat onmiddellijk na statuswijziging de deelneming met beroep op het goedkoopmansgebruik ten laste van de winst wordt afgewaardeerd naar de oorspronkelijke verkrijgingsprijs. Indien dat wel mogelijk zou zijn geweest zou door het boekverlies de werking van het eerste lid ongedaan gemaakt kunnen worden.⁵¹

Artikel 13h Wet VPB 1969

In de Wet VPB 1969 is eveneens een bepaling ter wettelijke compartimentering opgenomen in artikel 13h. Dit artikel ziet op de situatie waarin de aandelen vóór een gefaciliteerde aandelenfusie, juridische splitsing of juridische fusie geen deelneming vormden maar erna wel. Het voordeel behaald als gevolg van de fusie of splitsing behoeft belastingplichtige met toepassing van de faciliteit die geboden wordt door artikelen 3.55, 3.56 en 3.57 Wet IB 2001 niet in aanmerking te nemen. De boekwaarde van de vervreemde aandelen wordt doorgeschoven naar de in het kader van de fusie of splitsing verkregen aandelen, waardoor de fiscale claim over de doorgeschoven meerwaarde gehandhaafd blijft. Indien de aandelen als gevolg van de fusie of splitsing vervolgens een deelneming gaan vormen, kan de doorgeschoven claim verloren gaan als gevolg van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Ter claimbehoud bepaalt artikel 13h Wet VPB 1969 daarom dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op voordelen verkregen uit de aandelen tot het bedrag van het bij fusie of splitsing behaalde voordeel als gevolg van de faciliteit die geboden wordt door artikelen 3.55, 3.56 en 3.57 Wet IB 2001. Deze regeling ziet slechts op vervreemdingswinsten en niet op dividenduitkeringen.⁵² In onderdeel b van artikel 13h Wet VPB 1969 is een regeling opgenomen ter bepaling van het opgeofferd bedrag. Dit onderdeel bepaalt dat voor de bepaling van het opgeofferd bedrag de verkrijgingsprijs niet hoger wordt gesteld dan het bedrag die de belastingplichtige daadwerkelijk heeft opgeofferd in het kader van de fusie of splitsing. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat het opgeofferde bedrag van de aandelen kan worden verhoogd door een fusie of splitsing aan te gaan. Aan de hand van het volgende voorbeeld kan dit worden toegelicht:

⁵¹ J.N. Bouwman en M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU 2013 (dertiende druk), p. 534.

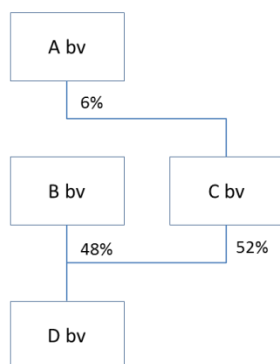
⁵² NDFR - Deel Vennootschapsbelasting - Wet VPB 1969 - Art. 13h Deelneming na aandelenfusie, splitsing of juridische fusie, Commentator: W.F.E.M. Egeltje.



A bv houdt 4% van de aandelen in D bv. A bv en C bv komen overeen dat C bv de aandelen D BV van A bv overneemt tegen uitreiking van eigen aandelen. De boekwaarde van de aandelen D bv bij A bv bedraagt op dat moment € 100 en de werkelijke waarde € 600. Als

gevolg van de afgesproken aandelenfusie verkrijgt A bv een belang van 6% in C bv, ter waarde van € 600. Het voordeel ter waarde van € 500 behaald door A bv hoeft als gevolg van artikel 3.55, lid 1 Wet IB 2001 niet aanmerking te worden genomen. Op grond van artikel 3.55, lid 6

Na aandelenfusie:



Wet IB 2001 stelt A bv de deelneming in C bv te boek voor € 100. De aandelen in C bv kwalificeren bij A bv als een deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling toepassing vindt. Enige tijd na de aandelenfusie vervreemdt A bv 1% van de aandelen C bv met een boekwinst van € 500, dit is gelijk aan het bij de aandelenfusie vrijgesteld bedrag. Artikel 13 h Wet VPB 1969 bepaalt vervolgens dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op het bij aandelenfusie vrijgesteld bedrag; dit betekent dat de

boekwinst bij A bv niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. Als gevolg van artikel 13, lid 2, onderdeel b Wet VPB 1969 wordt het opgeofferde bedrag voor de resterende deelneming van 5% in C bv met € 500 verhoogd tot € 600. Indien de aandelenfusie ruisend zou hebben plaatsgevonden zou A bv direct bij de aandelenfusie moeten afrekenen over de meerwaarde ad € 500; het opgeofferde bedrag voor de deelneming in C bv zou eveneens € 600 hebben bedragen. Per saldo zijn de gevolgen dus gelijk aan wanneer de aandelenfusie ruisend zou hebben plaatsgevonden.

Artikel 20, lid 3 Wet VPB 1969

Zoals eerder aangegeven is naar aanleiding van het arrest BNB 1993/207 ingaande 1 januari 1995 een speciale compartimenteringsregeling opgenomen in artikel 20, lid 3 Wet VPB 1969. Deze regeling zegt dat verliezen geleden in een periode waarin een belastingplichtige als een beleggingsinstelling is aangemerkt niet verrekenbaar zijn met de belastbare winsten die buiten de statusperiode zijn genoten en andersom zijn verliezen die buiten de statusperiode zijn geleden niet verrekenbaar met de winsten die binnen de statusperiode zijn genoten.

Artikel 1, lid 5 Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965)

De vrijgestelde beleggingsinstelling (hierna: VBI) heeft voor de vennootschapsbelasting een vrijgestelde status. Artikel 1, lid 4 Wet DB 1965 regelt dat de VBI geen dividendbelasting in mag houden over bedragen die zij ten titel van dividend uitkeert. In lid 5 van datzelfde artikel is echter een wettelijke compartimentering opgenomen indien een fiscale beleggingsinstelling (hierna: FBI) de status van VBI aanneemt. In dat geval is de VBI niet vrijgesteld van zijn inhoudingsplicht voorzover de opbrengst het bedrag van zuivere winst die reeds aanwezig was op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip waarop het lichaam de status van VBI verkrijgt. Zonder deze regeling zou de dividendbelasting die rust op de uitdelingsverplichting die gold vóór statuswijziging ontlopen kunnen worden.⁵³

Artikel 4.16 Wet IB 2001

In de Wet IB 2001 ligt aan artikel 4.16, lid 1, sub g, de compartimenteringsgedachte ten grondslag. Dit artikel merkt het niet langer aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang (hierna: ab) aan als een fictieve vervreemding. Vervolgens dient er ten gevolge van artikel 4.22, lid 1, Wet IB 2001 de waarde van de aandelen te worden gecorrigeerd naar de waarde in het economisch verkeer op het moment van de fictieve vervreemding. Met deze bepaling wordt er bij sfeerovergang van het aanwezig zijn van een ab naar het niet langer meer aanwezig zijn van een ab afgerekend over de voordelen die zijn ontstaan vóór sfeerovergang⁵⁴. Deze regeling strookt met de compartimenteringsgedachte omdat voordelen die ontstaan in een periode waarin een bepaald regime van toepassing was, volgens dat regime in de belastingheffing dienen te vallen ook indien de voordelen pas na sfeerovergang daadwerkelijk gerealiseerd worden.

Artikel 4.23 Wet IB 2001

Tevens kent de Wet IB 2001 in artikel 4.23 Wet IB 2001 ook een bepaling die strookt met de compartimenteringsgedachte. Dit artikel bepaalt namelijk dat de verkrijgingsprijs van een aandeel of winstbewijs dat op enig moment na de verkrijging ervan tot een ab gaat behoren op dat moment moet worden gewaardeerd naar de waarde in het economisch verkeer. Op deze manier wordt verzekerd dat voordelen die worden behaald na sfeerovergang en toe te rekenen zijn aan dat het ab-regime ook daadwerkelijk volgens dat regime belast worden. Er wordt als het

⁵³ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, aantekening 1.6.4. Dividendbelasting en de VBI.

⁵⁴ Op grond van artikel 4.40 Wet IB 2001 kan men er ook voor kiezen om artikel 4.16, lid 1 sub g Wet IB 2001 geen toepassing te laten vinden. In dit geval wordt geacht sprake te zijn van een fictief AB conform artikel 4.11 Wet IB 2001.

ware gecompartmenteerd naar voordelen die toe te rekenen zijn aan de periode vóór en ná sfeerovergang.

2.5.3 Regelcompartmentering

Landbouwwijstelling

Voordelen uit landbouwbedrijf ter zake van waardeveranderingen van gronden zijn op grond van artikel 3.12 Wet IB 2001 vrijgesteld van de winst. Met ingang van 1 april 1986 was aan de landbouwwijstelling een beperking ingevoerd, die zegt dat bestemmingswijzigingswinsten van de vrijstelling zijn uitgesloten. Bij deze wetwijziging was er een overgangsregeling getroffen om materiële terugwerkende kracht van de heffing over bestemmingswijzigingswinsten te voorkomen⁵⁵. Deze overgangsregeling was opgenomen in artikel 70 Wet IB 1964. Op basis van deze bepaling werd compartimentering voorgeschreven van waardeveranderingen van landbouwgrond die verband houden met een bestemmingswijziging naar de periode van vóór 1 april 1986 (sfeerovergang) en de periode erna.

Het ab-regime

Het ab-regime is per 1 januari 1997 ingrijpend gewijzigd. De wijzigingen betreffen de verlaging van het bezitsvereiste van 33,33% naar 5% en de verhoging van het ab-tarief van 20% naar 25%. De ab-heffing is sinds de wijziging een zelfstandige (eind)heffing om het verschil tussen het normale VPB-tarief (van maximaal 25%) en het IB-tarief over de winst uit onderneming van ondernemers te compenseren⁵⁶. De verlaging van het bezitsvereiste had tot gevolg dat men veel eerder over een ab ging beschikken. Dit betekende dat veel belastingplichtigen die vóór 1 januari 1997 geen ab hadden, als gevolg van de inwerkintreding van het lagere bezitsvereiste wel zijn gaan beschikken over een ab. Hierdoor ontstond er een sfeerovergang naar het ab-regime. Op basis van overgangsrecht heeft de wetgever in deze situaties compartimentering van toepassing geacht. Ingevolge artikel 70c, lid 1, onderdeel c, Wet IB 1964 werd namelijk de waarde in het economische verkeer op 1 januari 1997 als verkrijgingsprijs van het aandelenpakket aangemerkt⁵⁷. Ook kwam de vraag op of compartimentering toegepast kon worden op aandelen die voor 1 januari 1997 tot een ab behoorden, zodat de waardeaanwinst tot die datum belast bleef tegen een tarief van 20%, waarbij het tarief van 25% betrekking had op

⁵⁵ MvT, Kamerstukken II 1984/85, 18 915, nr. 3, p. 9.

⁵⁶ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting*, Deventer: Kluwer 2014 (tiende druk), p. 617.

⁵⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. A.

waardeaangroei ontstaan na die datum. Hierbij merkte de staatssecretaris⁵⁸ echter op dat tariefwijzigingen een onmiddellijke werking hebben, waarbij tevens slechts het belastbare moment van belang is.

Alleen door middel van wettelijke (overgangs-)regeling

Compartimentering bij sfeerovergang ten gevolge van een wetswijziging kan door de wetgever worden geregeld door middel van een wettelijke (overgangs-)regeling. Uit het voornoemde arrest van 14 juni 2013 blijkt dat het niet aan de rechter is om te beslissen tot compartimentering bij wetswijziging maar dat er alleen gecompartmenteerd mag worden indien de wetgever dit regelt via een wettelijke (overgangs)regeling. Indien de wetgever niet een dergelijke regeling heeft getroffen dient de rechter in een dergelijk geval uit te gaan van de hoofdregel van directe werking van de gewijzigde wet. Naar aanleiding van dat arrest heeft de staatssecretaris op diezelfde datum een wetsvoorstel aangekondigd waarbij compartimentering ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling wettelijk wordt geregeld. In de volgende paragraaf wordt dieper in gegaan op dit wetsvoorstel.

2.6 Wetsvoorstel compartimenteringsreserve

Bij de Tweede Kamer is op 2 september 2013, met betrekking tot compartimentering onder de deelnemingsvrijstelling het wetsvoorstel compartimenteringsreserve ingediend. De wetswijziging die hierin wordt voorgesteld is door de Staatssecretaris van Financiën eerder al bij persbericht⁵⁹ aangekondigd en werkt terug tot en met 14 juni 2013. In dit wetsvoorstel wordt compartimentering bij sfeerovergang wettelijk vastgelegd. Anders dan in het arrest van de Hoge Raad strekt het wetsvoorstel er onder andere toe in diezelfde situatie compartimentering wel voor te schrijven. Een belangrijke reden is dat het arrest volgens de staatssecretaris de schatkist 200 miljoen kost. Er wordt voorgesteld een compartimenteringsreserve in te voeren ingeval zich een sfeerovergang voordoet. Deze wetswijziging zal tot uiting komen in het voorgestelde artikel 28c Wet VPB 1969.⁶⁰ Artikel 28c Wet VPB 1969 heeft niet alleen betrekking op regelcompartimentering maar ook op feitencompartimentering. Kort gezegd houdt de bepaling in dat een belastingplichtige een zogenoemde compartimenteringsreserve dient te vormen indien er een sfeerovergang plaatsvindt bij het lichaam. Op deze manier wordt er bepaald welk bedrag onder de belaste dan wel vrijgestelde sfeer moet worden begrepen. De uitwerking hiervan komt er in wezen op neer dat op het moment van sfeerovergang winst of verlies wordt genomen

⁵⁸ NV, Kamerstukken II 1996/97, 24 761, nr.7, p. 13.

⁵⁹ Aankondiging wetsvoorstel compartimentering deelnemingsvrijstelling, V-N 2013/29.20.

⁶⁰ Voortgang wetsvoorstel compartimenteringsreserve, V-N 2014/3.12.

waarbij op datzelfde moment de boekwaarde van de deelneming wordt verhoogd naar de waarde in het economisch verkeer. Deze winst of verlies wordt echter niet in het resultaat opgenomen maar als het ware geparkeerd in een compartimenteringsreserve. Indien sprake is van een sfeerovergang van de belaste naar vrijgestelde sfeer dient een belaste compartimenteringsreserve (hierna: BCR) te worden gevormd. Wanneer andersom sprake is van een sfeerovergang van onbelaste naar belaste sfeer dient een onbelaste compartimenteringsreserve (hierna: OCR) te worden gevormd. Indien er na sfeerovergang een realisatiemoment plaatsvindt, vindt in het kader van de bij sfeerovergang gevormde compartimenteringsreserve een vrijval plaats. Een vrijval van de BCR is belast en een vrijval van de OCR is vrijgesteld. Uit de artikelsgewijze toelichting blijkt voorts dat de reserve zowel positief als negatief kan zijn.⁶¹

In de hiervoor behandelde arresten ging het voornamelijk om situaties waarbij compartimentering werd toegepast op vermogenswinsten. Op de vraag of compartimentering ook toepassing vindt op dividenden is zoals eerder opgemerkt, in de rechtspraak geen antwoord gegeven. In het wetsvoorstel is hier wel wat meer duidelijkheid over te vinden. Het wetsvoorstel schrijft compartimentering namelijk voor bij zowel vermogenswinsten als bij dividenden. Artikel 28c, lid 3 Wet VBP 1969 heeft het namelijk over “(...) een voordeel, een ontvangen winstuitkering daaronder begrepen, uit hoofde van het belang verkrijgt dat toerekenbaar is aan de periode voorafgaand aan de sfeerovergang (...)”. Compartimentering onder het wetsvoorstel geldt dus ook ten aanzien van dividenden. Het te compartimenteren voordeel wordt gerelateerd aan de periode waaraan dit voordeel dient te worden toegerekend. Voor de uitwerking van de compartimenteringsreserve betekent dit dat wanneer belastingplichtige na sfeerovergang een dividend ontvangt op het aandelenbelang, dit voordeel wordt toegerekend aan de periode waarin deze is ontstaan en in de winst begrepen met inachtneming van de in die periode geldende regels. Ingeval de belastingplichtige dus een voordeel (dividend) ontvangt uit hoofde van het belang ter zake waarvan de compartimenteringsreserve is gevormd, dat toerekenbaar is aan de periode voorafgaand aan de sfeerovergang, dient de boekwaarde van het belang waarop de compartimenteringsreserve betrekking heeft te worden verminderd met het bedrag van dat voordeel. Tegelijkertijd dient de belaste compartimenteringsreserve voor hetzelfde bedrag te worden toegevoegd aan de winst. De wijze waarop dividenden praktisch gezien dienen te worden toegerekend aan de periode voor of na de sfeerovergang is nog niet helemaal duidelijk. De NOB constateert dat de wetgever beoogt om de toerekening primair te baseren op het

⁶¹ NDFR - Deel Vennootschapsbelasting - Wet VPB 1969 - Art. 28c Compartimenteringsreserve (wetsvoorstel).

dividendbesluit indien daarin is aangegeven uit welke jaarwinst het dividend is geput en ook feitelijk kan worden geput, voor het geval daar geen gebruik van kan worden gemaakt pleit de NOB voor een fifo-methode.⁶²

Het overgangsrecht is opgenomen in een nieuw artikel 34b Wet VPB 1969. Deze bepaalt dat de voorgestelde wijzigingen terugwerken tot en met 14 juni 2013. Dat betekent dat voor sfeerovergangen die zich voor hebben gedaan in de periode tussen 14 juni 2013 tot en met de datum van inwerkingtreding van de wetwijziging alsnog een compartimenteringsreserve dient te worden gevormd. Verder bepaalt het overgangsrecht dat ook een compartimenteringsreserve dient te worden gevormd indien vóór 14 juni 2013 al een sfeerovergang heeft plaatsgevonden en het aandelenbelang waarbij de sfeerovergang heeft plaatsgevonden nog tot het vermogen van de belastingplichtige behoort. Daarmee heeft het wetsvoorstel ook materieel terugwerkende kracht tot vóór 14 juni 2013.

2.7 Compartimentering en pensioenen

2.7.1 Algemeen

Het compartimenteringsvraagstuk komt ook voor bij pensioenen. Echter in een andere vorm dan hiervoor is behandeld. Bij pensioenen speelt de vraag naar compartimentering namelijk in situaties van emigratie of immigratie. Anders dan bij compartimenteringleer ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling, gaat het bij pensioen om de mogelijke compartimentering van een waardeangroei die aan een andere staat is toe te rekenen dan aan de woonstaat van de belastingplichtige ten tijde van de pensioenuitkering.

Het begrip pensioen kent geen eenduidige omschrijving. Volgens Stevens⁶³ is de juridische kwalificatie van pensioen in hoge mate afhankelijk van de aard en de doelstelling van de regeling waaruit het pensioen voortvloeit. Het recht op een pensioenuitkering kan men zien als een vorm van uitgesteld loon dat dient als een oudedagsvoorziening. Er kunnen in principe drie hoofdcategorieën worden onderscheiden ten aanzien van de oudedagsvoorziening, namelijk de wettelijke sociale zekerheidsregelingen (eerste pijler), bedrijfspensioenregelingen (tweede pijler) en particuliere regelingen (derde pijler)⁶⁴. De eerste pijler omvat de wettelijke regelingen waaraan deelname verplicht is voor de volledige beroepsbevolking of ingezetenen, gedacht kan

⁶² Voortgang wetsvoorstel compartimenteringsreserve, V-N 2014/3.12.

⁶³ L.G.M. Stevens, *Pensioen in de loonsfeer*, Fiscale Brochures, Deventer: FED 2005, p. 29.

⁶⁴ Mededeling van de commissie aan de raad, het Europees parlement en het economisch en sociaal comité, Brussel, 19 april 2001, COM(2001)214.

worden aan de Algemene Ouderdomswet (AOW). De tweede pijler omvat aanvullende pensioenregelingen die op eigen initiatief door een werkgever worden opgezet of voortvloeien uit overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers. De derde pijler omvat particuliere regelingen die meestal de vorm aannemen van een contract tussen een burger als privé persoon en een levensverzekeringsmaatschappij of financiële instelling; men kan bijvoorbeeld denken aan lijfrenten. Gezien de afbakening wordt in het vervolg niet ingegaan op de eerste pijler pensioenen omdat de problematiek zich hier niet voordoet. Er is bij de eerste pijler pensioenen namelijk geen sprake van een oprenting van de ingelegde premie. Gezien de problematiek van de tweede en derde pijler pensioen in beginsel vergelijkbaar is wordt de behandeling van de problematiek gemakshalve beperkt tot de tweede pijler pensioen. Voor de belastingheffing over pensioenen zijn er in principe drie aangrijpingspunten, namelijk heffing over de bijdragen, heffing over de beleggingsopbrengsten of heffing over de uitkeringen. Nederland hanteert de zogeheten omkeerregel en sluit zich daarmee aan bij belastingheffing over de uitkeringen en laat de opbrengsten bij de pensioenuitvoerder onbelast.

2.7.2 De omkeerregeling

De omkeerregeling vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 11, lid 1, onderdeel c, Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) in samenhang met artikel 11, lid 1, onderdeel j, Wet LB 1964. Deze bepaling vormt een uitzondering op de hoofdregel van artikel 10 Wet LB 1964, dat zegt dat al hetgeen uit een dienstbetrekking genoten wordt, als loon in de heffing moet worden betrokken. Het tweede lid van datzelfde artikel bepaalt dat tot het loon eveneens aanspraken behoren. Dit betekent dat iedere pensioenpremie die de werkgever voor de werknemer betaalt voor de opbouw van diens pensioen als loon in de heffing betrokken moet worden. Deze uitwerking wordt in Nederland echter onwenselijk geacht omdat men belasting zou moeten betalen over een aanspraak die in de toekomst pas tot uitkering komt⁶⁵. De omkeerregeling zorgt er daarom voor dat belastingheffing plaats vindt op het moment dat de pensioengerechtigde daadwerkelijk de pensioenuitkeringen ontvangt. De vraag naar compartimentering bij pensioenen speelt zich hoofdzakelijk af in situaties van emigratie of immigratie.

2.7.3 Emigratie

Indien een pensioengerechtigde emigreert maar tijdens de opbouwfase van het pensioen in Nederland gebruik heeft gemaakt van de omkeerregel, wenst Nederland het heffingsrecht over

⁶⁵ A.H.H. Bollen-Vandenboorn e.a. , *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: SDU 2014 (vijfde druk), p. 169.

het pensioen te behouden voor zover dat pensioen in Nederland gefaciliteerd is opgebouwd. In artikel 3.83 Wet IB 2001 is een emigratieheffing voor pensioenen opgenomen. Volgens het eerste lid van dat artikel wordt de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraken als loon in aanmerking genomen. Artikel 3.146, lid 3, Wet IB 2001 bepaalt dat als fictief genietingsmoment het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan de emigratie gehanteerd wordt. Ter zake hiervan wordt een conserverende aanslag opgelegd conform artikel 2.8, lid 2, Wet IB 2001, waarbij er uitstel van betaling wordt verleend voor een periode van tien jaar⁶⁶. Indien vervolgens binnen een periode van tien jaar geen besmette handeling plaatsvindt, wordt de conserverende aanslag op basis van artikel 26, lid 2, Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990) kwijtgescholden. Van een besmette handeling is ingevolge Artikel 25 IW 1990 sprake ingeval van bijvoorbeeld een afkoop of vervreemding. Middels de conserverende aanslag wordt de meerwaarde die besloten ligt in pensioenverplichtingen als het ware gecompartmenteerd waardoor Nederland zijn fiscale claim behoudt over de waardeaan groei die toe te rekenen is aan de periode vóór emigratie.

De vraag is echter of, en in welke mate, Nederland de genoemde claim daadwerkelijk kan effectueren in die situaties dat tevens een belastingverdrag van toepassing is. Hoe de conserverende aanslag zich verhoudt ten opzichte van belastingverdragen wordt uitgewerkt in hoofdstuk 5 van deze scriptie. Derhalve wordt hier volstaan met een verwijzing naar paragraaf 5.3.2 van deze scriptie.

2.7.4 Immigratie

Bij immigratie ontstaat er binnenlandse belastingplicht op basis van artikel 2.1 Wet IB 2001. Binnenlandse belastingplichtigen worden geacht in Nederland belastingplichtig te zijn over hun gehele wereldinkomen. Dit betekent dat bij immigratie, Nederland de volledige fiscale claim verkrijgt over het wereldinkomen van de belastingplichtige. De objectieve belastingplicht wordt geregeld in artikel 2.3 Wet IB 2001, waar onder belastbaar inkomen uit werk en woning mede is begrepen het belastbare loon⁶⁷. Het loon voor de Wet IB 2001 wordt op basis van artikel 3.82 Wet IB 2001 uitgebreid ten opzichte van hetgeen als loon voor de Wet LB 1964 wordt aangemerkt. Deze uitbreiding betreft onder andere onder b, uitkeringen op grond van een pensioenregeling als bedoeld in artikel 1.7, lid 2, onderdeel c, Wet IB 2001 van een andere mogendheid en onder c, uitkeringen op grond van een pensioenregeling van een internationale organisatie. Hier wordt echter een voorbehoud gemaakt. Voor zover namelijk aannemelijk is dat

⁶⁶ Artikel 25, lid 5, IW 1990.

⁶⁷ Artikel 3.1 Wet IB 2001.

over de pensioenaanspraken een heffing naar het inkomen heeft plaatsgevonden die naar aard en strekking overeenkomt met de loonbelasting of inkomstenbelasting zal de uitbreiding conform artikel 3.82 Wet IB 2001 van het begrip loon niet opgaan. De pensioenaanspraken kunnen dus onbelast worden gelaten indien aannemelijk gemaakt kan worden dat de buitenlandse pensioenregeling qua normen en voorwaarden overeenkomt met het bepaalde in hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Deze pensioenaanspraken verlaten daarmee de loonsfeer waarbij de waarde van de aanspraken onderdeel uit gaan maken van de rendementsgrondslag van box 3⁶⁸.

Men kan dit aanmerken als een vorm van compartimentering. Door sfeerovergang, namelijk immigratie in Nederland, vindt het Nederlandse fiscale regime toepassing op het wereldinkomen van de belastingplichtige. Op grond van artikel 3.82 Wet IB 2001 worden ook uitkeringen op grond van een pensioenregeling van een andere mogendheid in de Nederlandse heffing betrokken. Echter wordt er door middel van het vorengenoemde voorbehoud, gecompartmenteerd waardoor de pensioenuitkeringen in Nederland onbelast blijven voor zover er ingevolge die het buitenlandse stelsel een heffing heeft plaatsgevonden naar het inkomen die naar aard en strekking overeenkomt met de Nederlandse loonbelasting of de inkomstenbelasting.

2.8 Conclusie

In principe spreekt men van compartimentering indien sprake is van een sfeerovergang van het ene fiscale regime naar het andere. Dergelijke sfeerovergangen kunnen plaatsvinden door een wijziging van de feitelijke omstandigheden, ook wel feitencompartimentering genoemd, óf door een wijziging in de wetgeving, ook wel regelcompartimentering genoemd.

De compartimenteringsleer heeft zich in de jurisprudentie ontwikkeld. In het arrest met betrekking tot de landbouwwijziging (BNB 1956/39) is de compartimenteringsgedachte door de Hoge Raad geïntroduceerd, zij het dat de term 'compartimentering' destijds nog niet werd gebruikt. Vervolgens is met het arrest uit 1986 (BNB 1986/305) de basis van de compartimentering gelegd in de deelnemingsvrijstelling. Ook is compartimentering van toepassing geacht onder verliesverrekening (BNB 1980/214) en bij hypothecaire renten (BNB 1988/59). In dergelijke gevallen waarbij de Hoge Raad tot compartimentering heeft beslist, heeft zij dit gedaan op basis van de strekking van de toepasselijke wettelijke bepaling, een redelijke wetstoepassing en/of de toepassing van de parlementaire geschiedenis van de toepasselijke wettelijke bepaling. De meeste gevallen van compartimentering door de rechter zien op

⁶⁸ Kamerstukken, 1999-2000, 26 727, nr. 18, p. 31.

feitencompartimentering. Zo komen er in de jurisprudentie ook slechts zelden casusposities aan de orde waarbij het gaat om regelcompartimentering. Een belangrijk arrest waarbij het wel ging om een dergelijke casuspositie is BNB 2013/177. In dit arrest is beslist dat indien de wetgever bij wijziging van een wetsbepaling in de wet geen overgangsbepaling heeft opgenomen, men uit moet gaan van onmiddellijke werking van de gewijzigde bepaling. Het is bij wijziging van wetgeving namelijk niet aan de rechter om te beslissen over mogelijke overgangsrecht die de toepassing van de nieuwe wetgeving beïnvloedt.

In de wetgeving zijn er op een aantal plaatsen bepalingen opgenomen die in overeenstemming zijn met de door de Hoge Raad ontwikkelde compartimenteringsgedachte. De in de wet opgenomen bepalingen zien op feitencompartimentering, zie artikel 13a/13h/20 lid 3 Wet VPB 1969, artikel 1 lid 5 Wet DB 1965 en artikel 4.16/4.23 Wet IB 2001. Regelcompartimentering wordt door de wetgever vaak geregeld bij overgangsrecht. Uit het arrest van 2013 blijkt zoals eerder aangegeven dat het aan de wetgever is om compartimentering voor te schrijven door middel van een wettelijk (overgangs)regeling indien de wetgever dit bij een bepaalde wetwijziging beoogt. Als gevolg van het arrest uit 2013 is het wetsvoorstel compartimenteringreserve ingediend bij de Tweede Kamer, dit wetsvoorstel beoogt compartimentering bij de deelnemingsvrijstelling wettelijk vast te leggen.

Voor wat betreft pensioenen speelt het compartimenteringsvraagstuk volgens de nationale wetgeving een rol bij situaties van emigratie en immigratie. Indien een pensioengerechtigde emigreert maar tijdens de opbouwfase van het pensioen in Nederland gebruik heeft gemaakt van de omkeerregel, wenst Nederland het heffingsrecht over het pensioen te behouden. In artikel 3.83 Wet IB 2001 is een emigratieheffing opgenomen die bepaalt dat er onmiddellijk voorafgaand aan de emigratie wordt geacht een fictief genietingsmoment plaats te hebben gevonden waarbij de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraken als loon in aanmerking wordt genomen. Ter zake hiervan wordt een conserverende aanslag opgelegd conform artikel 2.8, lid 2, Wet IB 2001. Bij immigratie ontstaat er binnenlands belastingplicht over het gehele wereldinkomen van de belastingplichtige. Op grond van artikel 3.82 Wet IB 2001 worden ook uitkeringen op grond van een pensioenregeling van een andere mogendheid in de Nederlandse heffing betrokken. Echter wordt er onder voorwaarden gecompartmenteerd waardoor de pensioenuitkeringen in Nederland alsdan onbelast blijven voor zover er ingevolge de buitenlandse belastingen een heffing naar het inkomen heeft plaats gevonden die naar aard en strekking overeenkomt met de loonbelasting of de inkomstenbelasting.

Het begrip compartimentering is niet eenduidig gezien het feit dat dit begrip in de literatuur verschillende omschrijvingen kent en de definitie ervan noch wettelijk is vastgelegd, noch door de rechter eenduidig is ingevuld. De verschillende omschrijvingen hebben in essentie niettemin met elkaar gemeen dat wanneer er na sfeerovergang een vermogensmutatie wordt gerealiseerd, de belastingplichtige moet bepalen aan welke perioden de vermogensmutatie moet worden toegerekend, indien deze (gedeeltelijk) is toe te rekenen aan de periode vóór sfeerovergang, deze (voor dat gedeelte) volgens het in die periode geldende regime behandeld moet worden. Om antwoord te geven op de vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, namelijk *'Wat wordt er onder het begrip 'compartimentering' verstaan onder nationaal recht?'*, wil ik gedeeltelijk aansluiten bij de bewoording van Smit⁶⁹ en de volgende omschrijving hanteren:

Van compartimentering is sprake indien door een sfeerovergang een nieuw fiscaal regime van toepassing wordt waarbij men bij wijze van overgang voor een deel uit blijft gaan van het oude regime.

⁶⁹ D.S. Smit, *Compartimentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 16.

3. Compartimentering in de winstsfeer onder verdragen

3.1 Inleiding

Zoals we in het vorige hoofdstuk hebben gezien komt het compartimenteringsvraagstuk aan de orde als gevolg van sfeerovergangen. Deze sfeerovergangen kunnen zijn ingegeven door een verandering in de feiten of door een verandering in de regelgeving, beide situaties worden namelijk deels door een verschillend juridisch kader beheerst. Bij de vraag of het mogelijk is om te compartimenteren onder belastingverdragen dient er daarom ook een onderscheid te worden gemaakt tussen sfeerovergangen als gevolg van wijzigingen van het toepasselijke belastingverdrag en sfeerovergangen als gevolg van verandering van feiten. Wat de wijziging van het toepasselijke belastingverdrag betreft is het belangrijk stil te staan bij de uitleg van belastingverdragen, hierbij speelt het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht (hierna: VvW) een belangrijke rol. Voor de verandering in de feiten moet er per vermogensbestanddeel worden bekeken of compartimentering mogelijk is onder het desbetreffende verdragsartikel. Centraal in dit hoofdstuk staat de volgende vraag: *'Is verdragscompartimentering mogelijk in de winstsfeer?* Derhalve beperkt dit hoofdstuk zich tot de winstsfeer en wordt bij de uitwerking van feitencompartimentering slechts ingegaan op het ondernemingswinstartikel en het vermogenswinstartikel van belastingverdragen. Hierna wordt eerst ingegaan op regelcompartimentering waarbij de mogelijke aangrijpingspunten voor compartimentering volgens het VvW worden behandeld en wordt ingegaan op de jurisprudentie hieromtrent. Vervolgens wordt ingegaan op feitencompartimentering waarbij aandacht wordt besteed aan de daartoe relevante verdragsartikelen.

3.2 Regelcompartimentering en verdragen

3.2.1 Het verdragenrecht

3.2.1.1 Algemeen

Voor de toepassing van compartimentering onder verdragen is het belangrijk stil te staan bij de vraag hoe men om moet gaan met de factor tijd in het verdragenrecht. Ellis⁷⁰ noemt als één van de verschijningsvormen van dit probleem de vraag naar terugwerkende kracht van nieuwe belastingverdragen. Het VvW bevat internationale afspraken omtrent de uitleg van verdragen en ziet daarmee ook op belastingverdragen. Dit verdrag is wat Nederland betreft in werking getreden op 9 mei 1985. In ogenschouw moet daarom worden genomen dat dit verdrag slechts van toepassing is op belastingverdragen die ná 9 mei 1985 in werking zijn getreden, hetgeen in

⁷⁰ M.J. Ellis, *Waar blijft de tijd?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 5.

artikel 4 VvW is opgenomen, namelijk dat het verdrag slechts van toepassing is op verdragen die zijn gesloten ná zijn inwerkingtreding. De uitlegregels van het VvW vormen een codificatie van internationaal gewoonterecht, waardoor staten die geen partij zijn van het VvW of verdragen die vóór de inwerkingtreding van het VvW zijn gesloten, gebonden zijn aan de bepalingen opgenomen in het VvW voor zover deze als codificatie van gewoonterecht zijn aan te merken.⁷¹ Voor de beantwoording van de vraag of er gecompartmenteerd kan worden onder belastingverdragen als gevolg van sfeerovergangen die worden ingegeven door een wijziging van het toepasselijke belastingverdrag, is het van belang stil te staan bij de gelding en werking van verdragen.

Artikel 24 VvW geeft regels inzake de inwerkingtreding van verdragen. Het eerste lid luidt als volgt; *'A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree.'* Het uitgangspunt is dus dat een verdrag in werking treedt op de wijze en op de dag zoals voorzien in de verdragsbepalingen of zoals overeengekomen tussen de in de onderhandelingen deelnemende staten. Voor wat betreft de Nederlandse constitutionele wet bepaalt artikel 91, lid 1, van de Grondwet (hierna: GW) dat het Koninkrijk pas na goedkeuring van de Staten-Generaal aan verdragen wordt gebonden. Deze goedkeuring kan zowel stilzwijgend als uitdrukkelijk worden verleend.⁷² Bij stilzwijgende goedkeuring is goedkeuring verleend indien niet binnen dertig dagen na een inbreng in de Staten-Generaal door een van de Kamers is aangegeven dat het verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring zal worden onderworpen.⁷³ Bij uitdrukkelijke goedkeuring wordt de goedkeuring verleend bij wet.⁷⁴ Bij de inwerkingtreding van een nieuw verdrag moet er een onderscheid worden gemaakt tussen het inwerking treden van een verdrag en de toepasselijkheid ervan.⁷⁵ Artikel 24 VvW zegt enkel iets over de inwerkingtreding van het verdrag. Artikel 28 VvW geeft een nadere uitwerking ten aanzien van het toepasselijke bereik in tijd van het verdrag.

3.2.1.2 Artikel 28 VvW

Artikel 28 VvW luidt als volgt; *'Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with*

⁷¹ I.J.J. Burgers, e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: SDU 2013 (zevende druk), p. 62.

⁷² Artikel 3 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

⁷³ Artikel 5, lid 1 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

⁷⁴ Artikel 4 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

⁷⁵ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (zevende herziene druk), p. 67.

respect to that party.' De bepalingen van een verdrag binden een partij dus niet met betrekking tot een handeling of feit, voorafgaand aan de datum van inwerkingtreding van het verdrag of enige situatie die op die datum niet meer bestond, tenzij uit het verdrag of op andere wijze een andere bedoeling blijkt. Hierin is het uitgangspunt van non-retroactiviteit van verdragen neergelegd.⁷⁶ Dit uitgangspunt verbiedt terugwerkende kracht van een verdrag naar feiten die zich vóór de inwerkingtreding van het betreffende verdrag hebben voorgedaan. Deze regel is een codificatie van de Ambatielos-zaak⁷⁷. In deze zaak ging het om een Griekse schipeigenaar, Nicholas Eustache Ambatielos, die op 17 juli 1919 een contract sloot met de regering van het Verenigd Koninkrijk ter aankoop van een aantal stoomschepen die nog gebouwd moesten worden. Deze schepen werden uiteindelijk later geleverd dan in eerste instantie was overeengekomen. Als gevolg van deze late levering leed Ambatielos financiële verliezen waardoor hij niet in staat was te voldoen aan de afgesproken afbetalingen. De Griekse regering begon in 1951 namens Ambatielos een arbitrageprocedure op basis van de Treaty of Commerce and Navigation van 16 juli 1926 tegen de regering van het Verenigd Koninkrijk betreffende de claim die het Verenigd Koninkrijk had op Ambatielos. Deze claim was echter ontstaan in 1921, toen het desbetreffende verdrag nog niet van toepassing was. Het Internationale Gerechtshof achtte daarom zonder speciale bepalingen geen terugwerkende kracht van toepassing naar een situatie die voltooid was in eerdere jaren dan waarin het verdrag in werking was getreden. Derhalve kon er in casu geen beroep worden gedaan op de Treaty of Commerce and Navigation van 16 juli 1926.⁷⁸

Artikel 28 VvW begint met '*Unless a different intention appears(...)*'. Hieruit vloeit voort dat er geen algeheel verbod bestaat van terugwerkende kracht van verdragen. In het commentaar bij artikel 28 VvW wordt dit tevens door de International Law Commission (Hierna: ILC) benadrukt.⁷⁹ Zij stellen namelijk dat niets de partijen ervan weerhoudt om een verdrag retroactieve toepassing te geven als zij daar onderling afspraken over wensen te maken. Daarom is het uitgangspunt dat verdragen niet worden geacht retroactieve werking te hebben, tenzij dit uitdrukkelijk is opgenomen in het verdrag of op enige andere wijze voortvloeit uit de onderhandelingen. Formeel gezien gaat artikel 28 VvW dus uit van exclusieve werking van het verdrag. Met exclusieve werking wordt bedoeld dat een nieuwe maatregel na zijn

⁷⁶ D. Smit, *Compartimentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 3.3.1.

⁷⁷ International Court of Justice (I.C.J.) Reports 1952, p. 40.

⁷⁸ Reports of International Arbitral Awards, *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 6 maart 1956, Volume XII, pp. 83-153.

⁷⁹ Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 211.

inwerkingtreding toepassing vindt op alle feiten en rechtsverhoudingen.⁸⁰ Gezegd kan ook worden dat bestaande feiten of gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan vóór de inwerkingtreding van een verdrag, na de inwerkintreding niet alsnog getroffen kunnen worden door dat verdrag. Volgens Smit⁸¹ vindt het temporele toepassingsbereik van de bepalingen van een nieuw verdrag daarom ook daar zijn grens. Smit sluit echter niet uit dat een verdrag mogelijk materieel terugwerkende kracht heeft.

Ten aanzien van mogelijke terugwerkende kracht wordt in het commentaar bij artikel 28 namelijk het volgende opgemerkt⁸²:

'If, however, an act or fact or situation which took place or arose prior to the entry into force of a treaty continues to occur or exist after the treaty has come into force, it will be caught by the provisions of the treaty. The non-retroactivity principle cannot be infringed by applying a treaty to matters that occur or exist when the treaty is in force, even if they first began at an earlier date.'

Uit dit commentaar kunnen we afleiden dat het uitgangspunt van non-retroactiviteit niet zover gaat dat bestaande situaties die reeds vóór de inwerkintreding van het verdrag al bestonden in het geheel niet getroffen kunnen worden door de verdragsbepalingen van het verdrag ná inwerkingtreding van het desbetreffende verdrag. Derhalve kan gesteld worden dat artikel 28 VvW materieel terugwerkende kracht in principe niet uitsluit. In dit verband is door de Griekse delegatie de vraag gesteld of feiten en omstandigheden die voor een deel plaatsvinden vóór inwerkingtreding en voor een deel na de inwerkintreding van een verdrag, onder de werking van het verdrag vallen. Hieromtrent wordt in het Waldock Report VI het volgende opgemerkt⁸³:

'To speak of a treaty's applying to facts, acts or situations which fall partly within the period when it is in force seems to the Special Rapporteur to over-simplify the matter and to read rather more into paragraph (4) of the commentary than the Commission intended. (...) In these cases the treaty does not, strictly speaking, apply to a fact, act or situation falling partly within and partly outside the period during which it is in force; it applies only to the fact, act or situation which occurs or exists after the treaty is in force. This may have the result that prior facts, acts or situations are brought under consideration for the purpose of the application of the treaty; but this is only because of their causal connexion with the subsequent facts, acts or situations to which alone in law the treaty applies.'

⁸⁰ M.J. Ellis, *Waar blijft de tijd?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 1.

⁸¹ D. Smit, *Compartimentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 3.3.2.

⁸² Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 212.

⁸³ H. Waldock, *4th report on the Law of Treaties*, YbILC (1964-II), p. 3 e.v.

Hieruit leid ik af dat een verdrag zich na inwerkingtreding niet mag bemoeien met feiten of omstandigheden die zich vóór de inwerkingtreding hebben voorgedaan, tenzij het gaat om overlopende rechtsposities en feiten die zich vóór de inwerkingtreding hebben voorgedaan maar die na de inwerkingtreding nog onvoltooid zijn. Dit betekent dat de temporele werking van een in werking getreden verdrag door artikel 28 VvW beperkt wordt tot voldongen feiten. De vraag is echter wat het relevante feit is. Moet men bijvoorbeeld aansluiten bij de waardevermeerdering onder het oude verdrag of bij de realisatie onder het nieuwe verdrag. In de hieronder te bespreken arrest uit 1985 zijn zowel de Hoge Raad als A-G Leijten op zoek naar het relevante feit ten aanzien waarvan het verdrag bindende kracht toekomt.

3.2.1.3 Ontwikkelingen in de rechtspraak

In het arrest uit 1985⁸⁴ was in geschil of een verzoek tot uitlevering op grond van artikel 3 van het Verdrag van Wittem⁸⁵ mogelijk was ter zake van een onherroepelijke veroordeling die plaats had gevonden vóór de inwerkingtreding van dat verdragsartikel. De Hoge Raad beslist in dit arrest dat de relevante handeling voor de vraag of aan het verdrag bindende kracht toekomt, ligt in het indienen van het verzoek tot uitlevering en niet in de veroordeling zelf. Omdat het verzoek na de inwerkingtreding was ingediend was het verdragsartikel in casu dus wel van toepassing. De Hoge Raad sluit hiermee aan bij concrete verdragsbepalingen voor de vraag of bepaalde feiten of handelingen relevant zijn. A-G Leijten was in zijn conclusie een andere weg ingeslagen dan de Hoge Raad. Hij legt het bepaalde in artikel 28 VvW zo uit dat het verdrag zelf geen bindende kracht kan hebben op feiten die zich vóór de inwerkingtreding van het desbetreffende verdrag hebben voorgedaan en kijkt dus niet naar het bereik van de concrete verdragsbepalingen. Wel moet bij dit arrest worden opgemerkt dat uitleveringsverdragen ook betrekking hebben op strafbare feiten die zijn begaan vóór de inwerkingtreding van het verdrag, tenzij in een verdrag uitdrukkelijk anders is bepaald. Swart⁸⁶ merkt in zijn noot bij dit arrest daarom op dat bij uitleveringsverdragen zich een uitzondering op de non-retroactiviteit van verdragen voordoet waarvan men mag aannemen dat deze door de verdragsluitende staten bij het uitleveringsverdrag gewild is, tenzij expliciet het tegendeel blijkt. Gelet op het feit dat het in casu gaat om een afwijking van de in artikel 28 VvW geformuleerde hoofdregel van non-

⁸⁴ HR 2 april 1985, nr. 78258U, NJ 1985 890, met conclusie A-G Leijten en noot A.H.J. Swart.

⁸⁵ Overeenkomst tussen Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland (gesloten te Wittem op 30 augustus 1979), betreffende de aanvulling en het vergemakkelijken van de toepassing van het Europees uitleveringsverdrag van 13 december 1957.

⁸⁶ A.H.J. Swart, noot bij HR 2 april 1985, nr. 78258U, NJ 1985 890.

retroactiviteit, ben ik het met Smit⁸⁷ eens dat er geen stellige conclusies aan dit arrest kunnen worden verbonden voor wat betreft de toepassing van andere dan uitleveringsverdragen.

In een zaak⁸⁸ uit 2002 bij het Zwitserse Bundesgericht deed zich een vergelijkbare benadering voor. Hier was in geschil of artikel 26 van het belastingverdrag tussen Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk uit 1996 betreffende een verzoek tot uitwisseling van inlichtingen, kon worden ingeroepen op transacties die zich hadden voorgedaan in de periode vóór 1996 waarin het oudere belastingverdrag tussen Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk uit 1951 nog van toepassing was. Het Zwitserse Bundesgericht beslist in deze zaak dat het belastingverdrag uit 1996 in de eerste instantie niet van toepassing is op handelingen die plaats hebben gevonden vóór de inwerkingtreding van het verdrag. Het Bundesgericht merkt echter op dat artikel 29, die de inwerkingtreding van het verdrag regelt, ziet op andere bepalingen dan de procedurele bepalingen. Derhalve is de uitwisseling van inlichtingen – zijnde een procedurele bepaling – zowel onmiddellijk als met terugwerkende kracht van toepassing. Het Bundesgericht oordeelt derhalve dat het de bedoeling van de verdragspartijen is geweest om artikel 26 van het belastingverdrag met terugwerkende kracht van toepassing te achten en beslist dat artikel 26 van het belastingverdrag uit 1996 in casu wel van toepassing was.

Een recent arrest met een vergelijkbaar geschil omtrent artikel 28 VvW is de zaak Ben Nevis⁸⁹. In geschil in deze zaak is of een verzoek tot bijstand bij invordering op basis van het aanvullende protocol uit 2010 bij het belastingverdrag tussen Zuid-Afrika en het Verenigd Koninkrijk uit 2003 van toepassing was op belastingschulden die waren ontstaan in een periode vóór de inwerkingtreding van dat belastingverdrag. De Engelse Court of Appeal beslist in deze zaak dat een belastingverdrag op grond artikel 28 VvW geen terugwerkende kracht kent, echter waren de verdragsluitende partijen in casu een andere bedoeling toegedaan waardoor de bepaling wel terugwerkende kracht kent.

Deze bovenstaande arresten vormen een bevestiging van hetgeen hierboven is opgemaakt uit de bedoeling van artikel 28 VvW, waarin het uitgangspunt van non-retroactiviteit van verdragen is neergelegd. Tenzij tussen de verdragsluitende staten expliciet anders is overeengekomen, is het uitgangspunt onmiddellijke werking van een nieuw belastingverdrag. Geconcludeerd kan worden dat artikel 28 VvW niet uitgaat van compartimentering bij de inwerkingtreding van een belastingverdrag.

⁸⁷ D. Smit, *Compartimentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 4.3.1.2.b.

⁸⁸ Schweizerischen Bundesgerichts, 12 April 2002, nr. 2A.551/2001.

⁸⁹ Court of Appeal 23 mei 2013, nr. HC 12 C 00707 (Ben Nevis).

3.2.1.4 Beëindiging van verdragen

Ter zake van de beëindiging van verdragen kent het VvW een aantal bepalingen. Artikel 54 VvW bepaalt dat een verdrag te allen tijde kan worden beëindigd door overeenstemming tussen alle partijen.

Artikel 59 VvW ziet op de situatie van de beëindiging of opschorting van een verdrag ten gevolge van het sluiten van een nieuw verdrag waarvan moet worden aangenomen dat uit het nieuwe verdrag blijkt dat het de bedoeling van de partijen is de materie door dat verdrag te regelen. Of waarvan moet worden aangenomen dat het latere verdrag de verdragsluitende partijen dermate onverenigbaar zijn met die van het eerdere verdrag, dat het onmogelijk is de beide verdragen tegelijkertijd toe te passen.

Artikel 70 VvW ziet op de gevolgen van de beëindiging bij artikel 54 VvW. In het eerste lid, onderdeel a, is opgenomen dat de beëindiging van een verdrag de partijen ontslaat van de verplichting de uitvoering van het verdrag voort te zetten. Onderdeel b van het eerste lid bepaalt dat de beëindiging geen enkel recht, verplichting of rechtposities van de partijen aantast, die door de uitvoering van het verdrag vóór de beëindiging waren ontstaan, tenzij het verdrag anders bepaalt of de partijen anders overeenkomen. Dit komt erop neer dat de beëindiging van het verdrag in principe niet met formeel terugwerkende kracht mag geschieden. Dit blijkt ook uit het ILC commentaar bij artikel 28 van het voorontwerp uit 1964, welke eveneens zag op de beëindiging van verdragen, deze luidt namelijk als volgt⁹⁰:

'Vested rights of a kind which will survive the termination of the treaty, although they may have their origin in provisions of the treaty, acquire an independent legal existence of their own. When the treaty terminates, it is the rights which are afterwards enforceable rather than the provisions of the treaty which gave them birth.'

Wel biedt het artikel de partijen de mogelijkheid om van de hoofdregel af te wijken indien zij dit expliciet overeen wenssen te komen. De bedoeling om van de hoofdregel af te wijken moet blijken uit het verdrag of uit enig andere overeenstemming tussen de partijen. Artikel 70 VvW ziet dus op de eerbiediging van voldongen feiten. De vraag is nu hoe overlopende posities dienen te worden behandeld. Zowel artikel 70 VvW als het commentaar bij dit artikel zegt hier niets over. In het hierboven genoemde ILC commentaar heeft men het over 'vested rights', dus over verkregen rechten. Smit⁹¹ merkt in dat kader op dat het niet aannemelijk is dat bij

⁹⁰ Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 212.

⁹¹ D. Smit, *Compartmentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 3.3.2.3.b.

overlopende rechtposities van verdragstaten sprake kan zijn van verkregen rechten, anders gezegd kan een toegewezen heffingsrecht over een belastingclaim op nog niet gerealiseerd inkomen na verdragsbeëindiging niet worden aangemerkt als 'vested rights'. In dit standpunt kan ik mij vinden omdat het commentaar uitgaat van reeds verkregen rechten die na beëindiging van het verdrag uitgeoefend mogen worden. Derhalve is het hier niet de bedoeling dat de beëindigde bepaling van toepassing wordt geacht, maar dat er vóór beëindiging reeds een belastbaar feit is opgekomen en derhalve een toetsingsmoment aan de bepaling is geweest. Anders gezegd kan er geconcludeerd worden dat beëindigde verdragen geen heffingsrechten van de verdragssluitende staten kunnen beperken met betrekking tot belastbare feiten die opkomen na tijdstip van beëindiging.

Pijl⁹² meent dat de regels die zien op de opeenvolging en amendering van verdragen ook licht kunnen werpen op de mogelijke eerbiedigende werking van het oudere verdrag. Met eerbiedigende werking wordt bedoeld dat een nieuwe bepaling slechts toepassing vindt op feiten en omstandigheden die hun oorsprong vinden in de periode na de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling.⁹³ In dit verband wordt de situaties geschetst waarin verdragen naast elkaar bestaan. Artikel 30, lid 3, VvW bepaalt in dergelijke situaties dat het eerdere verdrag slechts van toepassing is in de mate waarin zijn bepalingen verenigbaar zijn met die van het latere verdrag. Ervan uitgaande dat de desbetreffende verdragen zelf geen voorrang verlenende- of voorrang opeisbare clausules bevatten komt de uitwerking van artikel 30, lid 3, VvW er feitelijk op neer dat er geen sprake is van eerbiediging van het oudere verdrag en dat derhalve de oude regel geheel terzijde wordt geplaatst.

3.2.2 Jurisprudentie betreffende Regelcompartimentering onder belastingverdragen

Er is geen omvangrijke jurisprudentie te vinden waarin de rechter compartimentering toepast onder belastingverdragen in geval van veranderingen in de regels. Met betrekking tot de enkele jurisprudentie die er wel is betreffende regelcompartimentering onder belastingverdragen kan allereerst worden gewezen op een zaak bij Hof 's-Gravenhage van 11 mei 1994⁹⁴. In dit arrest ging het om een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die in Nederland verkoopwinst op onroerende zaken behaalde. Van belang bij deze zaak was de wijziging van de verdragssituatie die was ingegeven door de beëindiging van het verdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk gevolgd door de vervanging van het beëindigde verdrag met de op 7

⁹² H. Pijl, *Compartimentering bij verdragen (BNB 2002/402)*, WFR 2003/359.

⁹³ M.J. Ellis, *Waar blijft de tijd?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 14.

⁹⁴ Hof 's-Gravenhage 11 mei, 1994, nr. 91/1788, V-N 1994/3068.

november 1980 gesloten en op 6 april 1981 in werking getreden nieuwe verdrag. Onder het beëindigde verdrag werd de heffingsbevoegdheid over vervreemdingswinsten van onroerende zaken toegewezen aan de woonstaat van de vervreemder, onder het nieuwe verdrag wordt de heffingsbevoegdheid over die vervreemdingswinsten echter toegewezen aan de staat waar de onroerende zaken zijn gelegen (bronstaat). In geschil was of er compartimentering plaats diende te vinden waardoor Nederland slechts heffingsbevoegd zou zijn over het deel dat kan worden toegerekend aan de periode ná 6 april 1981. Het Hof oordeelt als volgt⁹⁵:

'Nu bij de inwerkingtreding van de Overeenkomst geen overgangsregeling dienaangaande is getroffen, kan niet anders worden geoordeeld dan dat het voordeel bestaande uit de vermogenswinst verkregen bij de vervreemding van de onderhavige onroerende zaken (...) eerst onder de vigeur van de overeenkomst is ontstaan en dienovereenkomstig in de belastingheffing dient te worden betrokken.'

Bij gebrek aan overgangsregeling werd compartimentering dus verworpen. De gerealiseerde verkoopwinst uit hoofde van de vervreemding van het onroerend goed diende derhalve integraal te worden betrokken in de Nederlandse belastingheffing.

Een veelbesproken arrest met een vergelijkbare casus maar met een ongelijke uitspraak betreft het arrest van 12 juli 2002⁹⁶. Het ging ook in deze zaak om de wijziging van de verdragssituatie die was ingegeven door de beëindiging van het verdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk gevolgd door de vervanging van het beëindigde verdrag met de op 7 november 1980 gesloten en op 6 april 1981 in werking getreden nieuwe verdrag. Waarbij onder het beëindigde verdrag de heffingsbevoegdheid over vervreemdingswinsten van onroerende zaken werd toegewezen aan de woonstaat van de vervreemder, terwijl onder het nieuwe verdrag de heffingsbevoegdheid werd toegewezen aan bronstaat. Een op 23 november 1990 opgerichte NV (belanghebbende), oefent in Nederland een levensverzekeringsbedrijf uit. Vóór 23 november 1990 werd de onderneming van belanghebbende uitgeoefend door middel van een in Nederland gelegen vaste inrichting (hierna: vi) die werd gedreven door de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moeder van belanghebbende. Met ingang van 1 november 1990 werd de vi onder toepassing van artikel 14 Wet VPB 1969 overgedragen aan belanghebbende, alsmede enige in Nederland gelegen onroerende zaken, in het arrest aangeduid als United Kingdom Property (hierna: UKP), deze werden niet tot het vermogen van de in Nederland gedreven vi gerekend. In

⁹⁵ Hof 's-Gravenhage 11 mei 1994, nr. 91/1788, V-N 1994/3068, r.o. 6.7.

⁹⁶ HR 12 juli 2002, nr. 36.954, BNB 2002/402 met conclusie A-G Groeneveld en noot Slot.

verband met de komst van het nieuwe verdrag heeft de moeder per ultimo 1980 het UKP gewaardeerd naar marktwaarde en daarom een herwaarderingsreserve ter zake van het UKP verantwoord in haar aangifte 1980. Het merendeel van het UKP is na 1980 verkocht, waarbij belanghebbende winst heeft gerealiseerd. Voor zover het de compartimentering betreft was in geschil of de per ultimo 1980 aanwezige meerwaarde in het UKP in Nederland belastbaar waren. De Hoge Raad overweegt hieromtrent als volgt⁹⁷:

'Het middel slaagt evenwel voorzover het strekt ten betoge dat ter zake van de tot het UKP behorende onroerende zaken welke tot 6 april 1981, de datum van inwerkingtreding van het Verdrag, ingevolge het daaraan voorafgaande belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk slechts voor de opbrengsten aan Nederlandse belastingheffing waren onderworpen, compartimentering dient plaats te vinden. De statuswijziging die vorenbedoelde zaken hebben ondergaan tengevolge van het Verdrag, hierin uitkomende dat voortaan alle voordelen in Nederland belastbaar zouden zijn, is vergelijkbaar met die van bedrijfsmiddelen die vanuit het hoofdhuis naar een vi worden overgebracht. Evenals in dat geval de desbetreffende bedrijfsmiddelen op de balans van de vi moeten worden opgenomen voor hun waarde in het economische verkeer, moet ook in het onderhavige geval bij de aanvang van de (volledige) onderworpenheid aan Nederlandse belastingheffing waardering plaatsvinden naar de waarde in het economische verkeer.'

Op grond hiervan zou men kunnen aannemen dat de Hoge Raad compartimentering in verdrags sfeer heeft aanvaard. A-G Groeneveld⁹⁸ was in zijn conclusie bij dit arrest tot een andere overweging gekomen dan die van de Hoge Raad. A-G Groeneveld overweegt namelijk dat bij het ontbreken van overgangsrecht, in beginsel aan verdragen evenals aan wetgeving onmiddellijke werking toekomt. Daaromtrent verwijst hij naar artikel 28 VvW waarin de non-retroactiviteit van verdragen is bepaald. Indien verdragsluitende partijen eerbiedigende werking beogen, moeten zij daar uitdrukkelijke een bepaling voor opnemen in het verdrag. Aangezien in casu geen sprake was van een dergelijke bepaling van overgangsrecht, zou aan het nieuwe verdrag onmiddellijke werking moeten toekomen en zal er derhalve niet gecompartmenteerd kunnen worden. Ook Pijl⁹⁹ uit zich kritisch over de bovengenoemde overweging van de Hoge Raad. Net als A-G Groeneveld concludeert hij dat een verdrag zonder dat iets expliciet geregeld is, met ingang van zijn inwerkingtreden van toepassing behoort te zijn op alle gebeurtenissen die

⁹⁷ HR 12 juli 2002, nr. 36.954, BNB 2002/402, r.o. 3.11.

⁹⁸ A-G Groeneveld, conclusie bij HR 12 juli 2002, nr. 36.954, BNB 2002/402, punt 6.2.

⁹⁹ H. Pijl, *Compartimentering bij verdragen (BNB 2002/402)*, WFR 2003/359.

zich na de inwerkingtreding voordoen, zonder dat bij de kwantificering van de te belasten bedragen aandacht dient te worden besteed aan kwesties vóór de inwerkingtreding van het nieuwe verdrag, onder welk regime het voordeel is aangegroeid.

Hoewel het er in dit arrest op lijkt dat de Hoge Raad compartimentering onder belastingverdragen heeft aanvaard, heeft de Minister van Financiën aangegeven dat hij na dit arrest alsnog geen reden ziet tot compartimentering, evenwel zonder motivering.¹⁰⁰ Mijns inziens kan er inderdaad een andere uitleg dan compartimentering aan de overweging van de Hoge Raad worden gegeven. Hiermee sluit ik mij aan bij de visie van Wattel en Marres¹⁰¹. Onder het oude belastingverdrag werd de heffingsbevoegdheid over mogelijke vervreemdingswinsten betreffende onroerende zaken slechts belastbaar in de woonstaat, in casu het Verenigd Koninkrijk. Voor Nederland betekent dit dat de objectvrijstelling toegepast moest worden zodat het voordeel niet in de Nederlandse heffing zou worden belast.¹⁰² Met de inwerkingtreding van het nieuwe verdrag wordt de heffingsbevoegdheid toegerekend aan Nederland en kan de Nederlandse wetgeving worden geëffectueerd. In zijn overweging maakt de Hoge Raad in deze situatie de vergelijking met de overbrenging van bedrijfsmiddelen naar een vi. Hieruit kan worden afgeleid dat op het moment waarop de Nederlandse wetgeving kan worden geëffectueerd, de Hoge Raad van oordeel is dat een vi in Nederland ontstaat (indien althans aan de voorwaarden is voldaan). Dit betekent dat er op dat moment een beginbalans moet worden opgesteld, waarbij alle vermogensbestanddelen, op de waarde in het economische verkeer moeten worden gesteld. Gezien deze redenering kan er mijns inziens uit het arrest niet worden geconcludeerd dat de Hoge Raad hiermee compartimentering in verdragsfeer heeft aanvaard, maar dat de Hoge Raad in casu de situatie gelijk acht aan het overbrengen van vermogensbestanddelen naar een vi.

3.2.3 Resumé

Uit het voorgaande kan mijns inziens worden geconcludeerd dat compartimentering in verdragsfeer in geval van wijziging van verdragen (regelcompartimentering) slechts aan de orde komt indien compartimentering expliciet blijkt uit de bedoeling van de verdragsluitende partijen, bijvoorbeeld door middel van het opnemen van overgangsrecht. Deze benadering is overigens in lijn met BNB 2013/177 waar de vraag naar regelcompartimentering op nationaal

¹⁰⁰ NV, Kamerstukken II 32 145, V-N 2010/28.11 , p. 48

¹⁰¹ P.J. Wattel en O.C.R. Marres, *Dividendbelasting*, Deventer: FED 2011 (3^e druk), paragraaf 3.3.7, p. 181.

¹⁰² Zie noot van S.C.W. Douma en O.C.R. Marres onder het Besluit van 16 januari 2002, nr. IFZ2001/1202M, FED 2002/140.

niveau speelde. In beginsel komt aan verdragen en wetgeving dus onmiddellijke werking toe waardoor, zonder expliciet overgangsrecht, regelcompartimentering niet mogelijk is.

3.3 Feitencompartimentering en verdragen

3.3.1 Algemeen

Zoals in hoofdstuk 1 aan de orde is geweest is het hoofdzakelijke doel van belastingverdragen het voorkomen van juridische dubbele belastingheffing. In de woorden van Smit¹⁰³ kan worden gesproken van een 'ruimtelijk conflict' waarbij de jurisdictie van twee verschillende staten zich over eenzelfde situatie uitstrekt. Door middel van belastingverdragen tracht men dit conflict op te lossen door in het verdrag bepalingen op te nemen waarin wordt bepaald welke van de twee staten niet mag heffen en dus ten aanzien van zijn heffingsbevoegdheid terug dient te treden. Hiervoor hanteert het verdrag afhankelijk van het vermogensbestanddeel aanknopingspunten zoals woon- of vestigingsplaats. Anders dan bij regelcompartimentering blijft bij feitencompartimentering hetzelfde belastingverdrag en dezelfde toewijzingsregel van toepassing, maar vindt door middel van een verandering in de feiten of omstandigheden een sfeerovergang plaats waarbij het heffingsrecht aan de andere staat wordt toegewezen. De vraag naar compartimentering onder verdragen doet zich voor indien inkomsten worden ontvangen in een ander tijdvak dan het tijdvak waarin zij 'verdiend' of 'aangegroeid' zijn. Sfeerovergangen kunnen onder andere worden ingegeven door bijvoorbeeld, de verschuiving van woon-vestigingsplaats van verdragsgerechtigde, of de verschuiving van de bron waaruit het desbetreffende inkomensbestanddeel voort komt. De vraag die van belang is bij compartimentering is vervolgens of bestaande rechtspositie na een verandering in de feiten of omstandigheden geëerbiedigd moet worden. Het VvW kent geen uitgangspunten voor dergelijke situaties en biedt derhalve geen uitkomst bij deze problematiek.

Pijl¹⁰⁴ merkt ten aanzien van feitencompartimentering op dat gevallen waarin werd gecompartmenteerd vóór BNB 2002/402, gekenmerkt werden door twee eigenschappen. Het betrof namelijk gevallen waarin een verandering in de feiten zich voordeed én verdragsbepalingen waarin de compartimentering werd voorgeschreven door gebruik van causaliteit uitdrukkelijke termen als 'toerekenbaar' en 'ter zake daarvan'. Ook Lang¹⁰⁵ merkt op dat men bij feitencompartimentering een onderscheid moet maken al naar gelang de verschillende toewijzingsbepalingen. Voor de vraag of onder verdragen compartimentering

¹⁰³ D. Smit, *Compartimentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 3.5.2.

¹⁰⁴ H. Pijl, *Compartimentering bij verdragen (BNB 2002/402)*, WFR 2003/359.

¹⁰⁵ M. Lang, *Zeitliche Zurechnung bei der DBA-Anwendung*, *Steuer und Wirtschaft International* 7 (1999), p. 282 e.v.

mogelijk is als gevolg van verandering in de feiten of omstandigheden moeten dus in principe de toewijzingsbepalingen van het belastingverdrag zelf een oplossing bieden. Hierna wordt derhalve ingegaan op de verschillende toewijzingsbepalingen om te kijken of feitencompartimentering mogelijk is onder belastingverdragen.

3.3.2 Ondernemingswinsten en het OMV

3.3.2.1 Algemeen

Het compartimenteringsvraagstuk onder belastingverdragen betreffende ondernemingswinsten doet zich voornamelijk voor bij sfeerovergangen die worden ingegeven door de verlegging van de woon- of vestigingsplaats van een ondernemer of lichaam onder gelijktijdige verplaatsing van de onderneming van de ene verdragsstaat naar de andere. In dergelijke situaties is het de vraag of de vertrekstaat heffingsbevoegd is over ná emigratie gerealiseerde ondernemingswinsten voor zover deze zijn aangegroeid in de periode vóór emigratie. Alvorens in te gaan op de bepalingen van het OMV betreffende de verdeling van heffingsbevoegdheid, wordt eerst op nationaal niveau beoordeeld hoe Nederland omgaat met dergelijke emigraties.

3.3.2.2 Exitheffingen

In artikel 3.60 en 3.61 Wet IB 2001, en artikel 15c en 15d Wet VPB 1969 zijn eindafrekeningsbepalingen opgenomen die zien op situaties waarin bestanddelen van een in Nederland gedreven onderneming worden overgebracht naar een buiten Nederland gedreven onderneming of wanneer de vestigingsplaats van het lichaam op grond van de Nederlandse wet of op grond van een verdrag niet meer in Nederland is gelegen. Anders gezegd zien de bepalingen op situaties waarin het binnenlands belastingplicht ophoudt te bestaan. Onmiddellijk voorafgaand aan een dergelijke emigratie moeten de vermogensbestanddelen geacht worden te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer. Ondanks het feit dat de onderneming feitelijk niet gestaakt wordt, dient er afgerekend te worden over alle stille en fiscale reserves die voorafgaand aan de verplaatsing aanwezig zijn. De verplaatsing van de werkelijke leiding van een vennootschap op zichzelf hoeft per definitie niet te leiden tot niet langer in Nederland belastingplichtig te zijn. Nederland kent namelijk een vestigingsplaatsfictie opgenomen in artikel 2, lid 4 Wet VPB 1969, waarbij een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap bij fictie geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd. Echter geldt op grond van belastingverdragen dat de plaats waar de werkelijke leiding van het lichaam is gelegen, doorslaggevend is en dus voorgaat op het land naar welk recht het lichaam is opgericht.

Het HvJ EU heeft in de zaak National Grid Indus geoordeeld dat de eindafrekeningsbepaling in strijd is met het EU-recht.¹⁰⁶ Het HvJ EU heeft in dat arrest geoordeeld dat het in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel om op het moment van de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel het bedrag van de verschuldigde belasting over de stille reserves vast te stellen, gelet op de doelstelling om de meerwaarde die in het kader van de fiscale bevoegdheid van de lidstaat van oorsprong zijn ontstaan in deze lidstaat te belasten, een onmiddellijke invordering is echter in strijd met het EU-recht. Dit arrest is gecodificeerd in artikel 25a IW 1990 waarin wordt bepaald dat onder voorwaarden, belastingplichtigen in dergelijke situaties uitstel van betaling kunnen krijgen. Belastingplichtigen hebben de keuze om direct af te rekenen over stille en fiscale reserves, af te rekenen in tien gelijke jaarlijkse termijnen of afrekenen op het moment van daadwerkelijke realisatie.¹⁰⁷ Op grond van de Nationale wetgeving tracht Nederland haar heffingsbevoegdheid dus te behouden over meerwaarde die oorspronkelijk zijn toe te rekenen aan de periode van binnenlands belastingplicht, ongeacht wanneer deze daadwerkelijk worden gerealiseerd. Vanuit dit perspectief is compartimentering onder belastingverdragen dus gewenst. Indien temporele compartimentering wordt toegestaan onder belastingverdragen, zou Nederland zijn heffingsrechten over de aan hem toerekenbare meerwaarde niet verliezen. In dit geval wordt de toepassing van exitheffingen ten tijde van een zetelverplaatsing overbodig omdat Nederland over de temporeel aan hem toerekenbare meerwaarde alsnog mag heffen bij de realisatie van die meerwaarde na emigratie.

3.2.2.3 Ondernemingswinstartikel van het OMV

Artikel 7 van het OESO-modelverdrag (hierna: OMV) bepaalt de heffingsbevoegdheid ten opzichte van de winst uit onderneming tussen de woonstaat en de bronstaat. De hoofdregel staat omschreven in het eerste lid en bepaalt dat voordelen van een onderneming van één van de staten slechts in die staat belastbaar is, tenzij de onderneming in de andere staat haar bedrijf uitoefent door middel van een aldaar gevestigde vi. In het tweede geval mogen de voordelen van de onderneming in de andere staat worden belast, maar slechts in zoverre zij aan de vi kunnen worden toegerekend. Met betrekking tot de term 'toerekenbaar' kan worden gewezen op BNB 1976/110.

¹⁰⁶ HvJ EU, 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), BNB 212/40.

¹⁰⁷ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Invorderingswet, Aantekening 1 Algemeen bij: Invorderingswet 1990, Artikel 25a

In BNB 1976/110¹⁰⁸ betrof het een in Nederland gevestigde NV, die in Indonesië een onderneming dreef door middel van een vi aldaar, welke vi in 1958 door Indonesië werd genationaliseerd. Bij een overeenkomst met het Koninkrijk verklaarde Indonesië zich bereid tot een schadevergoeding te betalen aan de Nederlandse regering waarin een bedrag was begrepen wegens naasting van Nederlandse ondernemingen. Ter zake van de gestelde verdelingsregeling zal de Nederlandse regering aan de NV in termijnen de door Indonesië ter beschikking gestelde gelden uitkeren. In geschil was of de uitkering kon worden toegerekend aan de vi. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

'(...) ook al ontleent belanghebbende de haar toegekende uitkering aan de bij Verdelingswet vastgestelde verdeling, zulks niet verhindert die uitkering aan te merken als toe te rekenen in de zin van artikel 7 van het Verdrag aan de vroegere vaste inrichting van belanghebbende in Indonesië.'

Deze uitkering wordt dus toegerekend aan de vroegere vi (derhalve gecompartmenteerd). Dat aan het bestaan van de vi een einde was gekomen betekende niet dat de vordering tot een schadevergoeding was gaan behoren en derhalve tot het bedrijfsvermogen van de NV. Er bestaat immers een causaal verband tussen de uitkering en de vi. Op grond van artikel 7 van het belastingverdrag tussen Nederland en Indonesië werd de heffingsbevoegdheid over de uitkering derhalve toegerekend aan Indonesië.

Ook in BNB 1987/131¹⁰⁹ is beslist dat er van belastbare voordelen in verband met een vi ook sprake kan zijn indien de vi niet meer wordt aangehouden. De erflater van belanghebbende kreeg in 1970 bij zijn uittreden uit een in Nederland gevestigde vennootschap onder firma (hierna: VOF) winstrecht dat bij zijn overlijden zou toekomen aan zijn echtgenote. Na het uittreden is de erflater het winstrecht tot zijn ondernemingsvermogen blijven rekenen. In 1974 is de erflater samen met zijn vrouw naar Spanje geëmigreerd, alwaar hij in 1977 overleed. De weduwe werd in dat jaar belast voor de contante waarde van het winstrecht. De weduwe stelde zich echter, gezien de onvoltooid tegenwoordige tijd van de tekst van artikel 7 uit het belastingverdrag met Spanje, op het standpunt dat er feitelijk geen sprake meer was van een vaste inrichting (hierna: vi). De Hoge Raad overweegt vervolgens als volgt¹¹⁰:

¹⁰⁸ HR 25 februari 1976, nr. 17 804, BNB 1976/110 met noot P. den Boer.

¹⁰⁹ HR 4 februari 1987, BNB 1987/131, nr. 23 560, met not P. den Boer.

¹¹⁰ HR 4 februari 1987, BNB 1987/131, nr. 23 560, met not P. den Boer.

'De middelen gaan alle uit van de opvatting dat slechts dan kan worden gesproken van voordelen die worden verkregen uit een onderneming welke wordt gedreven met behulp van een binnen het Rijk aanwezige vaste inrichting als bedoeld in artikel 48, lid 4, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, en van voordelen die aan een vaste inrichting kunnen worden toegerekend als bedoeld in artikel 7, lid 1, van het onderhavige verdrag, indien de belastingplichtige ten tijde waarop die voordelen in het belastbaar binnenlands inkomen worden begrepen, de vaste inrichting nog steeds aanhoudt.

Deze opvatting verdraagt zich echter niet met de strekking van voormelde wet en van het verdrag, namelijk om te bewerkstelligen dat de opbrengsten van een onderneming, voor zover met behulp van een vaste inrichting verkregen, worden belast in het land waar die inrichting is gevestigd. De door de middelen voor bedoelde opvatting gebezigde argumentatie, ontleend aan de bewoordingen van de betrokken wets- en verdragsbepalingen - met name aan het gebruik daarin van de onvoltooid tegenwoordige tijd - treft geen doel, omdat niet aannemelijk is dat met dit gebruik is beoogd van de hiervoor weergegeven strekking af te wijken.'

Ondanks de strekking van de Wet IB 1964 en artikel 7 van het desbetreffende verdrag dat opbrengsten van een onderneming voor zover met behulp van een vi verkregen, worden belast in het land waar die vi is gelegen, en dus luidend in de onvoltooid tegenwoordige tijd, is het niet noodzakelijk dat de vi nog bestaat bij de beoordeling aan welke staat de heffingsbevoegdheid toekomt.

Afgeleid uit BNB 1976/110 en BNB 1987/131 kan derhalve gezegd worden dat bij het compartimenteren van ondernemingswinsten het historisch verband beslissend is. Voor dit verband kan de gebruikelijke criteria van causaliteit worden gebruikt. Zolang het causale verband voldoende vaststaat is het niet relevant of de bron nog bestaat op het moment van ontvangst van de inkomsten. Hoewel deze jurisprudentie toerekening aan het emigratieland van ná zetelverplaatsing (sfeerovergang) door een rechtspersoon gerealiseerde meerwaarde die reeds vóór emigratie bestonden steunt, moet wel worden opgemerkt dat het bij deze arresten niet ging om de verdeling van een over een aantal jaren aangegroeide meerwaarde die na toewijzingswijziging pas gerealiseerd werd, maar om nagekomen baten¹¹¹.

De tekst van artikel 7 OMV zelf zegt echter niets over het antwoord op de vraag hoe een causaal toerekenbaar resultaat moet worden behandeld indien deze temporeel in een

¹¹¹ Conclusie A-G Wattel bij HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, BNB 2013/94,

opvolgende jurisdictietoewijzingsperiode wordt gerealiseerd. Het OESO-commentaar bij dit artikel laat het uitdrukkelijk over aan de verdragsstaten om een oplossing te vinden indien er sprake is van timingsverschillen in de heffing over ondernemingswinsten.¹¹² In de literatuur wijzen o.a. Schuch¹¹³ en De Smit¹¹⁴ erop dat verdragen gebaseerd op het OMV alleen iets zeggen over de toewijzing van de totale winst en niet duidelijk ingaan op de jaartorekening van die totale winst. Echter merken zij op dat zowel de tekst uit het OMV als het commentaar bij het OMV zich niet verzetten tegen toepassing van een veroorzakingsbeginsel als tegengesteld aan het realisatiebeginsel. Bij het veroorzakingsbeginsel is niet het moment van realisatie relevant, maar het moment wanneer de werkzaamheden zijn verricht die de later gerealiseerde winsten veroorzaken.¹¹⁵ Volgens De Smit lijken het OMV en het OESO-commentaar te zijn opgesteld vanuit de gedachte dat de woonstaat ten tijde van de accumulatie van het inkomen dezelfde woonstaat is als de woonstaat ten tijde van de realisatie van het inkomen.¹¹⁶ Ook Vogel¹¹⁷ zit op dezelfde lijn en merkt op dat voor de toepassing van verdragen die gebaseerd zijn op het OMV het beslissend is wanneer een resultaat is *accrued*, en niet wanneer het is *received*. Uit de literatuur kan derhalve worden afgeleid dat bij de toepassing van artikel 7 OMV het moment waarop de oorzaak van de betaling zich voordoet beslissend is. A-G Wattel heeft onlangs bij een lopende zaak de vraag aan de Hoge Raad gesteld of de Hoge Raad de desbetreffende zaak zou willen aangrijpen voor een duidelijke keuze tussen causale en temporele toerekening van resultaten aan inkomensbronnen onder de BRK en onder het OMV gebaseerde verdragen.¹¹⁸ In de Duitse rechtspraak heeft het Bundesfinanzhof zich in diens arrest van 28 oktober 2009 wel reeds over een dergelijke kwestie uitgesproken.

Het arrest van 28 oktober 2009 van het Duitse Bundesfinanzhof¹¹⁹ betrof een zelfstandige uitvinder die op enig moment zijn woonplaats en onderneming van Duitsland naar België verplaatste. In geschil was of de verplaatsing van de onderneming als een 'Betriebsaufgabe' (staking) moest worden gezien waardoor er afgerekend diende te worden over de meerwaarde. Volgens het Bundesfinanzhof resulteerde de emigratie als zodanig niet in een staking omdat de

¹¹² OESO-commentaar bij artikel 7 OMV.

¹¹³ J. Schuch, *Die Zeit im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, Wenen: Linde 2002, p.189 e.v.

¹¹⁴ R.C. de Smit, *Exitheffingen in de winstfeer: noodzakelijk?*, in P. Kavelaars (red) e.a., *Totaalwinst*, Rotterdam: Service Point Erasmus, P. 81 e.v.

¹¹⁵ Conclusie A-G Niessen bij HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38.

¹¹⁶ OESO-commentaar 2010 bij artikel 7, noot 43.

¹¹⁷ K. Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International: 1997 (third edition) p. 360.

¹¹⁸ Conclusie A-G Wattel, 25 oktober 2013, 13/01674, V-N 2013/61.7, punt 8.12.

¹¹⁹ Bundesfinanzhof 28 oktober 2009, IR 99/08.

werkzaamheden in België werden voortgezet.¹²⁰ De Bundesfinanzhof merkt in het arrest op dat er van een staking slechts sprake is indien het Duitse heffingsrecht wordt beperkt of uitgesloten, een dergelijke belemmering werd niet aanwezig geacht door middel van het belastingverdrag tussen België en Duitsland. Voor toepassing van de Duitse inkomstenbelasting leidde de emigratie dus niet tot een afrekening over de aanwezige stille reserves. Het Bundesfinanzhof zag verdragsrechtelijk vervolgens geen bezwaren tegen Duitse heffing bij latere realisatie van de meerwaarde, ook indien op dat moment geen vi meer aanwezig is in Duitsland.¹²¹ Voorzover de meerwaarde bij realisatie toerekenbaar zijn aan de Duitse ondernemingsperiode zijn zij dus alsnog in Duitsland belastbaar. De praktische problemen die het gevolg zijn van deze benadering weerhielden de beslissing van het Bundesfinanzhof niet, deze problemen moeten volgens het Bundesfinanzhof door wetgeving worden ondervangen.¹²² Na deze uitspraak heeft de Duitse wetgever zijn wetgeving aangepast door in artikel 12 Körperschaftsteuergesetz op te nemen dat een beperking of uitsluiting van het Duitse heffingsrecht ook aanwezig wordt geacht als een activum wordt toegewezen aan een buitenlandse vi die voorheen een binnenlandse vi vormde.¹²³ Met deze wijziging heeft de wetgever mijns inziens de heffingsbevoegdheid over de meerwaarde op moment van emigratie zeker willen stellen; hieruit valt echter niet te concluderen dat de wetgever de uitspraak van het Bundesfinanzhof ongedaan heeft willen maken.

In de Nederlandse jurisprudentie heeft de Hoge Raad zich in BNB 2014/38¹²⁴ uitgesproken over een spiegelbeeldsituatie waarbij het ging om een immigratie naar Nederland. Volgens Smit is het gelet op BNB 2014/38 nog maar een kleine stap om ook in situaties van emigratie vanuit Nederland uit te gaan van verdragscompartimentering.¹²⁵ Belanghebbende, een zelfstandig onderzoeker is in 2005 woonachtig in Nederland. In de jaren 1990 tot en met 1992 heeft belanghebbende wetenschappelijk onderzoek verricht bij een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderzoeksinstituut, in deze periode was belanghebbende niet woonachtig in Nederland maar hetzij in België, hetzij in het Verenigd Koninkrijk. Enig tijd na beëindiging van de onderzoekswerkzaamheden ontving belanghebbende nagekomen baten ter zake van het voormalig onderzoek. In geschil was welk land heffingsbevoegd was over de nagekomen baten. De Hoge Raad gaat mee in de opvatting van het Hof dat de gedane betaling naar Nederlands

¹²⁰ Bundesfinanzhof 28 oktober 2009, IR 99/08, overweging 15.

¹²¹ Bundesfinanzhof 28 oktober 2009, IR 99/08, overweging 31

¹²² Bundesfinanzhof 28 oktober 2009, IR 99/08, overwegingen 19, 23, 25 en 27.

¹²³ W.W. Monteiro en M. Koerts, Verslag van de NOB-rondetafelbijeenkomst, sectie EU-recht, WFR 2011/319.

¹²⁴ HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38, met Conclusie A-G Niessen en Noot J.P. Boer.

¹²⁵ D.S Smit, *De compartimenteringsleer en belastingverdragen*, TFO 2014/132.2.

recht belast is als resultaat uit overige werkzaamheden¹²⁶ en beslist dat de betaling onder het verdrag moet worden aangemerkt als 'andere werkzaamheden van zelfstandige aard' in de zin van artikel 14 van het desbetreffende verdrag en dat belanghebbende die werkzaamheden heeft verricht vanuit een (inmiddels niet meer bestaand) vast middelpunt in het Verenigd Koninkrijk.¹²⁷ De band met de werkstaat (zijnde het Verenigd Koninkrijk) heeft tot gevolg dat de belastingheffing over de nagekomen baten aan het Verenigd Koninkrijk moet worden toegerekend, dit staat er echter niet aan in de weg dat die bate op het genietingsstijdstip door Nederland als woonstaat in het wereldinkomen wordt betrokken, onder verlening van voorkoming van dubbele belasting.¹²⁸ Ook in dit arrest zien we dat de causaliteit tussen het vaste middelpunt en de nagekomen baten relevant wordt geacht waardoor het heffingsrecht in casu toekomt aan de bronstaat. Opgemerkt zij dat artikel 14 OMV per 1 januari 2000 is vervallen waarbij deze bepaling is geïntegreerd in artikel 7 OMV, hieruit zou afgeleid kunnen worden dat het artikel voor zelfstandige arbeid ook voordien altijd betrekking heeft gehad op zelfstandige arbeid die als 'winst uit onderneming' viel aan te merken.¹²⁹ Boer¹³⁰ merkt in dat verband echter op dat uit BNB 2014/38 volgt dat de Hoge Raad ook 'andere inkomsten' onder deze bepaling schaart waardoor in belastingverdragen waarin het artikel voor zelfstandige arbeid is geïncorporeerd in het winstartikel, het restartikel van toepassing is ten aanzien van 'overige werkzaamheden' die voor verdragsdoeleinden niet aan te merken zijn als 'onderneming'.

Het compartimenteringsvraagstuk onder het ondernemingswinstartikel speelt dus voornamelijk bij sfeerovergangen die worden ingegeven door de verlegging van de woon- of vestigingsplaats van een ondernemer of lichaam onder gelijktijdige verplaatsing van de onderneming van de ene verdragsstaat naar de andere, namelijk bij de bepaling of de vertrekstaat heffingsbevoegd is over ná emigratie gerealiseerde ondernemingswinsten voor zover deze zijn aangegroeid in de periode vóór emigratie. Concluderend kan uit hetgeen hierboven is uiteengezet worden afgeleid dat het moment waarop de oorzaak zich voordoet beslissend is bij de toepassing van het ondernemingswinstartikel van het OMV (veroorzakingsbeginsel). Ondernemingswinsten worden derhalve toegewezen aan het land waar de ontstaansgrond van de resultaten is gelegen. Gezegd kan worden dat er onder het ondernemingswinstartikel ruimte is voor compartimentering bij verdragssituaties; ondernemingswinsten worden namelijk gecompartmenteerd voor zover

¹²⁶ HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38, met Conclusie A-G Niessen en Noot J.P. Boer, r.o. 3.2.1 en 3.3.

¹²⁷ HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38, met Conclusie A-G Niessen en Noot J.P. Boer, r.o. 3.4.3.

¹²⁸ HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38, met Conclusie A-G Niessen en Noot J.P. Boer, r.o. 3.5.

¹²⁹ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 132 e.v.

¹³⁰ J.P. Boer, noot bij HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38, punt 10.

hun oorzaak ligt in de periode voor sfeerovergang (emigratie/immigratie) ten opzichte van de waardeangroei in de periode ná sfeerovergang.

3.3.3 Vermogenswinsten en het OMV

De toewijzingsregels omtrent vermogenswinsten zijn opgenomen in artikel 13 OMV. Het vijfde lid bepaalt dat vermogenswinsten, die niet onder de hierna genoemde categorieën vallen, alleen worden belast in de woonstaat van de vervreemder. De categorieën die niet onder de regel van het vijfde lid vallen zijn; vermogenswinsten op onroerend goed (deze worden belast in de staat waar het onroerend goed zich bevindt), vermogenswinsten op roerend goed die toe te rekenen zijn aan een vi (deze mogen worden belast in de staat waar de vi is gelegen), vermogenswinsten op vervoersmiddelen die worden gebruikt in het internationale vervoer over water of door de lucht (deze mogen slechts worden belast in de staat waar de feitelijke leiding van de vervreemdende onderneming zich bevindt) en ten slotte vermogenswinsten op aandelen in een vennootschap waarvan het vermogen voor meer dan 50% bestaat uit onroerend goed in de andere staat (deze mogen slechts in die andere staat worden belast). De vraag naar verdragscompartimentering komt aan de orde indien een belastingplichtige na emigratie vermogenswinsten realiseert, de vraag is dan welke staat heffingsbevoegd is over deze vermogenswinsten, is dat de staat waar deze zijn aangegroeid of de staat waar deze worden gerealiseerd. Voor de vraag of men verdragscompartimentering kan toepassen onder dit artikel is derhalve van belang welk tijdstip beslissend is bij de toetsing aan artikel 13 OMV. Bij de behandeling van deze bepaling blijven ondernemingswinstsituaties buiten beschouwing, voor dergelijke situaties verwijs ik naar de hiervoor in paragraaf 3.5.2 behandelde uitwerking.

Uit de hiervoor behandelde BNB 2002/402 valt, al hoewel de Hoge Raad uitging van compartimentering, niet af te leiden dat men voor de toewijzing van vervreemdingswinsten na sfeerovergang moet kijken naar de omstandigheden gedurende de gehele periode waarin de vermogenswinst is aangegroeid in plaats van naar het moment van realisatie. Wattel¹³¹ meent dat de verdragscriteria voor toerekening van vervreemdingswinsten moeten worden toegepast naar de toestand op het moment van realisatie van het desbetreffende inkomstenbestanddeel. Dit leidt hij af uit het vervreemdingswinstartikel dat spreekt van 'Gains derived (...) from the alienation', waarbij hij opmerkt dat vervreemding plaats vindt op een tijdstip en dus niet gedurende een periode. Van Kalmhout¹³² trekt de conclusie dat volgens het OESO-commentaar bij artikel 13 OMV de onderstelling ten grondslag blijkt te liggen dat vermogenswinsten pas in de

¹³¹ Bijlage bij conclusie Wattel van 12 maart 2003, nr. 38 112, BNB 2004/345, punt 2.10.

¹³² Conclusie A-G Van Kalmhout van 6 maart 2003, nr 37 565, BNB 2004/257, punt 3.4.

belastingheffing worden betrokken op het tijdstip waarop het betreffende vermogensbestanddeel is vervreemd, waarbij het heffingsrecht toekomt aan de woonstaat van de belastingplichtige ten tijde van de vervreemding. Vervolgens merkt hij op dat artikel 13 OMV niet verplicht tot compartimentering indien de vermogenswinst niet volledig is gegroeid tijdens het verblijf van de belastingplichtige in de (heffende) woonstaat.¹³³

Ook uit het OESO-commentaar bij artikel 1 van het OMV kan men afleiden dat het moment van realisatie beslissend wordt geacht en geen rekening wordt gehouden met de periode waarin het vermogenswinst is aangegroeid.¹³⁴ In dit commentaar worden situaties behandeld waarin men misbruik zou kunnen maken van verdragsbepalingen. Eén van de situaties die geschetst wordt betreft een natuurlijk persoon die aandelen houdt in een vennootschap die tevens ook gevestigd is in de woonstaat van deze natuurlijke persoon. Vervolgens verlegt de natuurlijk persoon alvorens hij de aandelen vervreemdt, zijn woonstaat naar de ander staat omdat de winsten die met de vervreemding worden gerealiseerd in die andere staat gunstiger belast worden dan in de oorspronkelijke staat. In deze casus gaat het OESO-commentaar ervan uit dat de volledige vervreemdingswinst toekomt aan de woonstaat ten tijde van de realisatie, waarbij men dus aanneemt dat het moment van realisatie beslissend is bij het vermogenswinstartikel. Om dergelijke situaties tegen te gaan merkt het OESO-commentaar op dat staten voorzieningen mogen treffen om van dat uitgangspunt af te kunnen wijken.¹³⁵ Een dergelijke voorziening is getroffen in het Nederlandse Standaardverdrag (Hierna: NSV) waarmee men een inbreuk maakt op de hoofdregel van artikel 13, lid 5, OMV. Artikel 13. Lid 5 van het NSV bepaalt namelijk dat het bepaalde in het vierde lid van dat artikel niet het recht van elk van de staten aantast om in overeenstemming met zijn eigen wetgeving belasting te heffen op voordelen die voortvloeien uit de vervreemding van aandelen of winstbewijzen in een lichaam waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld en die gevestigd is in de ene staat worden verkregen door een natuurlijk persoon die inwoner is van de andere staat maar die in de loop van de laatste vijf jaren voorafgaande aan de vervreemding van de aandelen of winstbewijzen inwoner was van de eerstbedoelde staat. Met deze bepaling is een bronstaatheffing mogelijk voor zover het vermogenswinst aan de bronstaat toe te wijzen is en dient dat gedeelte dus gecompartmenteerd te worden.

¹³³ Conclusie A-G Van Kalmhout van 6 maart 2003, nr 37 565, BNB 2004/257, punt 3.5.

¹³⁴ OESO-commentaar bij artikel 1, paragraaf 9.

¹³⁵ OESO-commentaar bij artikel 1, paragraaf 10.

In lijn met het bovenstaande is rechtspraak van het Bundesfinanzhof. Het arrest uit 19 maart 1996¹³⁶ betrof een in Nederland gevestigde ab-houder die aandelen hield in een tevens in Nederland gevestigde vennootschap, op enig moment emigreert de ab-houder naar Duitsland, waarna hij zijn aandelen vervreemdt. Het Bundesfinanzhof beslist dat aan een naar Duitsland immigrerende ab-houder geen step-up werd toegekend. Bij de berekening van de vervreemdingswinst moest derhalve uit worden gegaan van de historische kostprijs van het ab. Dit betekent derhalve dat ook het heffingsrecht over de aangegroeide meerwaarde van het ab die toe te rekenen was aan de Nederlandse periode werd toegewezen aan Duitsland (woonstaat op moment van vervreemding) en dus niet mocht worden gecompartmenteerd. Opgemerkt zij dat Duitsland wel een aantal belastingverdragen heeft afgesloten op grond waarvan bij immigratie een step-up wordt verleend voor wat betreft ab-aandelen, indien de vertrekstaat een emigratieheffing heeft toegepast over de ab-aandelen.¹³⁷ Deze maatregel is toegesneden op de toepassing van een emigratieheffing als gevolg van de nationale regelgeving van de betreffende staat. Door het expliciet opnemen van een dergelijke bepaling is het derhalve wel mogelijke compartimentering toe te passen onder het vermogenswinstartikel, echter vloeit dit voort uit de nationale wetgeving van de staten en is niet ingegeven door verdragsregels. In hoofdstuk 4 wordt uitgebreid ingegaan op emigratieheffingen betreffende het ab.

Bij vermogenswinsten buiten ondernemingswinstsituaties kan worden geconcludeerd dat onder het OESO-conforme vermogenswinstartikel van belastingverdragen, het moment van realisatie beslissend is. In geval van sfeerovergangen die worden ingegeven door veranderingen in de feiten en/of omstandigheden is compartimentering derhalve niet toegestaan.

3.4 Conclusie

Centraal in dit hoofdstuk staat de volgende vraag: *'Is verdragscompartimentering mogelijk in de winstsfeer?'*. Alvorens deze vraag te beantwoorden is het van belang een onderscheid te maken tussen regelcompartimentering en feitencompartimentering. Beide situaties worden namelijk door een verschillend juridisch kader beheerst. Bij regelcompartimentering is het verdragenrecht, met in het bijzonder artikel 28 VvW, van belang. Daarin is het uitgangspunt van non-retroactiviteit van verdragen neergelegd, dit uitgangspunt verbiedt terugwerkende kracht van een verdrag naar feiten die zich vóór de inwerkingtreding van het betreffende verdrag hebben voorgedaan. Ook kan worden afgeleid dat aan verdragen in beginsel onmiddellijke

¹³⁶ Bundesfinanzhof 19 maart 1996, BStBl. II 1996, 312.

¹³⁷ F.G.F. Peters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, Deventer: Kluwer 2007, paragraaf 8.3.2.

werking toekomt. Het verdragenrecht laat echter wel toe om van dat uitgangspunt af te wijken. Compartimentering bij wijziging van verdragen is derhalve slechts aan de orde indien dit expliciet blijkt uit de bedoeling van de verdragsluitende staten, door bijvoorbeeld het opnemen van overgangsrecht. Geconcludeerd kan worden dat regelcompartimentering, tenzij tussen de verdragsluitende staten expliciet anders is overeengekomen, niet is toegestaan.

Bij feitencompartimentering moet er een onderscheid worden gemaakt al naar gelang de verschillende toewijzingsbepalingen van het verdrag. Van belang is welk moment bij toetsing volgens het toewijzingsartikel beslissend is. Men kan bijvoorbeeld aansluiten bij het moment van feitelijke realisatie of het moment waarop de oorzaak van de betaling zich voordoet. Onder het ondernemingswinstartikel (artikel 7 OMV) is het moment waarop de oorzaak van de betaling zich voordoet relevant. Ondernemingswinsten worden derhalve toegewezen aan het land waar de ontstaansgrond van de resultaten is gelegen, dit betekent dat ondernemingswinsten worden gecompartmenteerd voor zover hun oorzaak ligt in de periode vóór sfeerovergang, waardoor zij ten opzichte van dat gedeelte belast worden volgens het toen geldende regime. Voor vermogenswinsten buiten ondernemingswinstsituaties is het vermogenswinstartikel van toepassing (artikel 13 OMV). Onder dit artikel is, tenzij expliciet anders is bepaald door de verdragsluitende staten, het moment van daadwerkelijke realisatie van belang. Dit betekent dat bij de verdeling van de heffingsbevoegdheid niet dient te worden gekeken naar de gehele periode waarin het vermogenswinst is aangegroeid, maar slechts naar het moment van realisatie. Verdragscompartimentering is onder het vermogenswinstartikel derhalve in beginsel niet toegestaan.

4. Compartimentering in de aandeelhouderssfeer

4.1 Inleiding

Sfeerovergangen kunnen zowel worden ingegeven door veranderingen in en de feiten als veranderingen in de regelgeving. Het is derhalve van belang een onderscheid te maken tussen regelcompartimentering en feitencompartimentering. In hoofdstuk 3 is dit onderscheid reeds gemaakt in verband met verdragscompartimentering. Ten aanzien van regelcompartimentering onder belastingverdragen is geconcludeerd dat deze, tenzij tussen de verdragsluitende staten expliciet anders is overeengekomen, niet is toegestaan. Voor wat betreft regelcompartimentering verwijs ik daarom naar hetgeen hieromtrent in hoofdstuk 3 is behandeld. Bij feitencompartimentering is een onderscheid te maken al naar gelang de verschillende toewijzingsbepalingen van het verdrag. De vraag naar compartimentering komt voornamelijk aan de orde bij vermogensbestanddelen. In verband met vermogensmutaties onder verdragen is in hoofdstuk 3 reeds stilgestaan bij het vermogenswinstartikel onder verdragen. Echter is in hoofdstuk 3 niet uitgebreid stilgestaan bij aandeelhouderssituaties en is daarvoor verwezen naar het onderhavige hoofdstuk. Centraal in dit hoofdstuk staat daarom de volgende vraag: *'Is verdragscompartimentering mogelijk ten aanzien van de aandeelhouderssfeer?'*. Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen aandeelhouder zijn. Bij de behandeling van de problematiek in dit hoofdstuk wordt ingeval een rechtspersoon aandeelhouder is uitgegaan van aandelen die op grond van artikel 13 VPB 1969 worden aangemerkt als een deelneming. Indien een natuurlijke persoon aandeelhouder is wordt uitgegaan van aandelen die op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 behoren tot het ab. Het zijn immers dergelijke situaties waarbij zich sfeerovergangen kunnen voordoen waar compartimentering een rol kan spelen.¹³⁸ In dit hoofdstuk wordt verwezen naar twee typen inkomsten. Enerzijds de inkomsten door vervreemding van aandelen (vermogensresultaten) en anderzijds inkomsten uit het houden van aandelen (dividenden). Gezien de afbakening van deze scriptie worden de Europeesrechtelijke aspecten bij deze problematiek buiten beschouwing gelaten.

¹³⁸ Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een sfeerovergang wordt ingegeven door het niet langer aanwezig zijn van de deelnemingsvrijstelling waardoor men van onbelaste naar belaste sfeer gaat. Of de situatie waarin men geen aanmerkelijk belang meer heeft waardoor niet langer het heffingsregime van box II aan de orde is maar die van box III.

4.2 Aandelen vormende een deelneming

4.2.1 De deelnemingsvrijstelling

Een aandeelhouder zijnde een rechtspersoon valt ten opzicht van de belastingheffing in de heffing van de vennootschapsbelasting. Zoals hierboven aangegeven wordt slechts uitgegaan van het houden van aandelen die op grond van artikel 13 VPB 1969 een deelneming vormen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Hiervan is sprake indien de aandeelhouder ten minste 5% van het nominaal gestort kapitaal houdt in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. In dergelijke situaties is immers een materieel belang aanwezig omdat zich hierin sfeerovergangen van belaste naar onbelaste sfeer of vice versa (door werking van de deelnemingsvrijstelling) voor kunnen doen waarbij het compartimenteringsvraagstuk een rol kan spelen. Aan de deelnemingsvrijstelling liggen twee beginselen ten grondslag namelijk het 'ne-bis-in-idembeginsel' en de 'verlengstukgedachte'. Het ne-bis-in-idembeginsel houdt kort gezegd in dat men over dezelfde winst niet tweemaal belasting mag heffen. Volgens de verlengstukgedachte vormt de deelneming een verlengde van de onderneming van de moeder. De deelnemingsvrijstelling is een bruto-vrijstelling en houdt in dat de voordelen uit deelneming voor het gehele bedrag worden vrijgesteld van belastingheffing. Zoals hierboven behandeld gaat het in dit verband om twee typen voordelen, namelijk dividenden en vermogensresultaten. Tegelijkertijd bevat artikel 4, lid 1 Wet DB 1965 een inhoudingsvrijstelling van de dividendbelasting in deelnemingsverhoudingen. Gezien de dividendbelasting een tijdstipbelasting is, ligt compartimentering in de dividendbelasting niet voor de hand.

4.2.2 Compartimentering en dividenden

4.2.2.1 Dividenden en het Wetsvoorstel Compartimenteringsreserve

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over de vraag of de compartimenteringsleer welke toepassing vindt met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling, ook toepassing kan vinden ten aanzien van dividenden. De jurisprudentie van de Hoge Raad hieromtrent ziet namelijk uitsluitend op de toepassing van de compartimenteringsleer op vervreemdingswinsten en – verliezen, liquidatie-uitkeringen en waarde fluctuaties.¹³⁹ In de literatuur wordt in het algemeen de opvatting gehuldigd dat, afgeleid uit de jurisprudentie, het voor de hand ligt dat ook

¹³⁹ Zie de in hoofdstuk 2 behandelde arresten BNB 1986/305 en BNB 1991/268 (vervreemdingswinsten en – verliezen), BNB 1995/250 (Liquidatie-uitkeringen) en BNB 1991/268 (waarde fluctuaties).

deelnemingsdividenden gecompartmenteerd moeten worden. Zo is Albert¹⁴⁰ van mening dat na BNB 1995/250¹⁴¹ het voor de hand ligt dat compartimentering eveneens toepassing vindt ten aanzien van dividenden. In dat arrest bevestigt de Hoge Raad namelijk dat de in het kader van de deelnemingsvrijstelling ontwikkelde compartimenteringsgedachte eveneens van toepassing is op liquidatie-uitkeringen door een deelneming. Gezien het feit dat een liquidatie-uitkering als een bijzondere vorm van dividend is te beschouwen, kan ik mij vinden in de mening van Albert. Essers¹⁴² merkt in zijn annotatie bij dat arrest echter op dat het na BNB 1995/250 nog maar een 'kleine stap is aan te nemen' dat de compartimenteringsgedachte ook zal gelden ten aanzien van dividenden. Hoewel Essers dus net als Albert van mening is dat de ratio en de tekst van de artikelen betreffende de deelnemingsvrijstelling geen aanleiding gegeven om in dat verband een onderscheid te maken tussen koersresultaten en liquidatie-uitkeringen enerzijds en dividenduitkeringen anderzijds, doet hij blijken dat compartimentering ten aanzien van dividenden nog niet geldt en een expliciete beslissing daarover nodig is. Eerder heeft ook Van Dijk¹⁴³ het voorkomen van willekeur als argument voor toepassing van de compartimenteringsleer op dividenduitkeringen genoemd. Wattel¹⁴⁴ concludeert eveneens dat in geval van regimewijziging door veranderingen van omstandigheden, gezien de jurisprudentie en daaraan ten grondslag liggende uitleg van de strekking van de deelnemingsvrijstelling (ne bis in idem; redelijke wetstoepassing), compartimentering van dividenden voor de hand ligt. Dividend vormt in principe¹⁴⁵ net als waardeveranderingen en liquidatie-uitkeringen een voordeel uit deelneming. In lijn met de literatuur ben ik van mening dat het conceptueel en ter voorkoming van fiscale arbitrage het voor de hand ligt dat compartimentering ook wordt toegepast op deelnemingsdividenden. Overigens zijn vermogenswinsten en winstuitkeringen onderling uitwisselbaar omdat winstreserves zowel kunnen worden gerealiseerd door vervreemding van de aandelen als door dividenduitkering. Anders gezegd verlaagt een dividenduitkering de toekomstige vermogenswinst. Voorgaande vindt tevens steun in de wetsgeschiedenis bij artikel 13 Wet VPB 1969¹⁴⁶, waarin uitdrukkelijk is opgemerkt dat compartimentering zowel vermogensresultaten als winstuitkeringen kan betreffen.

¹⁴⁰ Zie noot Albert bij HR 17 mei 1995, nr. 30 268, FED 1995/458.

¹⁴¹ HR 17 mei 1995, nr. 30 268, BNB 1995/250 met noot Essers.

¹⁴² Zie noot Essers bij HR 17 mei 1995, nr. 30 268, BNB 1995/250.

¹⁴³ R.T.E. van Dijk, *Dividendtoerekening en waardeveranderingen binnen de deelnemingsvrijstelling*, MBB 1992/138.

¹⁴⁴ Conclusie A-G Wattel bij Hoge Raad 14 juni 2013, nr. 11/0458, BNB 2013/177.

¹⁴⁵ Meegekocht dividend geldt niet als een voordeel uit deelneming, deze wordt afgeboekt op de kostprijs van de deelneming, zie onder andere HR 5 december 1984, nr. 22.486, BNB 1986/351, HR 10 oktober 1973, nr. 17.145, BNB 1974/1, en HR 25 januari 1961, nr. 14.429, BNB 1961/101.

¹⁴⁶ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 16.

Het in hoofdstuk 2 behandelde wetsvoorstel compartimeteringsreserve biedt duidelijkheid ten aanzien van het antwoord op de vraag of compartimentering ook toegepast moet worden op dividenden. De uitwerking van dit wetsvoorstel komt er in wezen op neer dat op het moment van sfeerovergang, winst of verlies wordt genomen waarbij op datzelfde moment de boekwaarde van de deelneming wordt verhoogd naar de waarde in het economische verkeer. Deze winst of verlies wordt echter niet in het resultaat opgenomen maar als het ware geparkeerd in een compartimeteringsreserve. Door in het voorgestelde artikel 28c, lid 3 Wet VPB 1969 te spreken over “(...) een voordeel, een ontvangen winstuitkering daaronder begrepen, uit hoofde van het belang verkrijgt dat toerekenbaar is aan de periode voorafgaand aan de sfeerovergang (...)”, geeft de wetgever te kennen dat compartimentering onder het wetsvoorstel dus ook geldt ten aanzien van dividenden. Het te compartimenteren voordeel wordt gerelateerd aan de periode waaraan dit voordeel dient te worden toegerekend. Voor de uitwerking van de compartimeteringsreserve betekent dit dat wanneer de belastingplichtige na sfeerovergang een dividend ontvangt op het aandelenbelang, dit voordeel wordt toegerekend aan de periode waarin deze is ontstaan en in de winst is begrepen met inachtneming van de in die periode geldende regels. In de praktijk betekent dit dat indien een voordeel (dividend) wordt ontvangen uit hoofde van een belang ter zake waarvan de compartimeteringsreserve is gevormd, en dat voordeel toerekenbaar is aan de periode voorafgaand aan de sfeerovergang, men de boekwaarde van het belang waarop de compartimeteringsreserve betrekking heeft dient te verminderen met hetzelfde bedrag. Tegelijkertijd dient de belaste compartimeteringsreserve voor hetzelfde bedrag te worden toegevoegd aan de winst.¹⁴⁷ Mocht deze toevoeging aan de winst van de belaste compartimeteringsreserve als gevolg van het ontvangen dividend niet daadwerkelijk in de heffing worden betrokken¹⁴⁸, dan dient men de belaste compartimeteringsreserve en de boekwaarde van het belang weer te vermeerderen met datzelfde bedrag. Echter, over de wijze waarop dividenden praktisch gezien dienen te worden toegerekend aan de periode voor of na de sfeerovergang bestaat weinig duidelijkheid. Praktisch gezien is het namelijk niet eenvoudig om dividenden toe te rekenen aan de periode waarin de winst is behaald waaruit dat dividend afkomstig is. In de literatuur zijn het dan ook de praktische problemen die als tegenargument voor het compartimenteren worden aangedragen.¹⁴⁹ De NOB heeft de wetgever gevraagd nader in te gaan op de wijze waarop een dividend moet worden toegerekend aan de periode voor of na

¹⁴⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 713, nr. 9 en 10, V-N 2014/31.16.

¹⁴⁸ Door bijvoorbeeld de werking van de moeder-dochterrichtlijn.

¹⁴⁹ Zie noot P.G.H. Albert bij HR 17 mei 1995, nr. 30 268, FED 1995/458.

de sfeerovergang.¹⁵⁰ De NOB constateert tevens dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de toerekening primair te baseren op het dividendbesluit indien daarin is aangegeven uit welke jaarwinst het gedeclareerde dividend is geput en ook daadwerkelijk kan worden geput. Voor het geval dit geen uitkomst biedt, pleit de NOB voor de fifo-methode. In de Nota naar aanleiding van het verslag (hierna: NnavV)¹⁵¹ bij het wetsvoorstel compartimenteringsreserve geeft de staatssecretaris, net als door de NOB is geconstateerd, aan dat het dividendbesluit inderdaad maatgevend is. Indien de belastingplichtige wenst dat de fifo-methode moet worden gehanteerd, kan dat in het dividendbesluit worden aangegeven. Indien er niets wordt aangegeven dient men de lifo-methode te hanteren. In beginsel betreft een dividenduitkering volgens de wetgever namelijk de uitdeling van de winst van het vorige boekjaar, waardoor het voor de hand ligt uit te gaan van de lifo-gedachte.¹⁵² Gezien het verder ontbreken van specifieke voorschriften in het onderhavige wetsvoorstel over de toerekening, is de belastingplichtige mijns inziens in beginsel vrij aan te geven aan welk jaar het dividend moet worden toegerekend door in het dividendbesluit aan te geven uit welke winstreserves het dividend is geput.

Met het wetsvoorstel compartimenteringsreserve kan daarom worden geconcludeerd dat in de nationale wetgeving compartimentering van dividenden is toegestaan onder de deelnemingsvrijstelling.

4.2.2.2 Dividenden onder het OMV

Ten aanzien van dividenden kennen landen zowel een heffing op grond van het woonstaatbeginsel als op grond van het bronstaatbeginsel. Zo betreft Nederland zijn binnenlandsbelastingplichtigen op grond van het woonplaatsbeginsel over hun wereldinkomen in de belastingheffing van de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting. Een in Nederland gevestigde vennootschap die gerechtigd is tot dividenden afkomstig uit het buitenland zal in Nederland over dat inkomen derhalve vennootschapsbelasting verschuldigd zijn (tenzij de deelnemingsvrijstelling van toepassing is). Artikel 2, lid 4 Wet VPB 1969 kent een vestigingsplaatsfictie; deze stelt dat indien de oprichting van een lichaam naar Nederlands recht heeft plaatsgevonden, deze steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd. Op deze manier behoudt Nederland zijn heffingsbevoegdheid indien een dergelijke vennootschap feitelijk niet in Nederland is gevestigd. Aan de andere kant kent Nederland een bronstaatbeginsel ten aanzien van dividenden in de dividendbelasting. Artikel 1, lid 1 Wet DB 1965 schrijft namelijk voor dat

¹⁵⁰ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB van 14 oktober 2013, par. 2.5.

¹⁵¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 713, nr. 6, blz. 5.

¹⁵² Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 40.

Nederland dividendbelasting heft van degenen die gerechtigd zijn tot opbrengsten van aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap. Ook is er in de dividendbelasting een vestigingsplaatsfictie te vinden; artikel 1, lid 3 Wet DB 1965 bepaalt namelijk dat indien de oprichting van een vennootschap naar Nederlands recht heeft plaats gevonden, deze steeds geacht wordt in Nederland gevestigd te zijn. Dit betekent dat een dergelijke vennootschap door middel van deze fictie altijd onderworpen is aan de Nederlandse dividendbelasting. In internationale situaties kan de vestigingsplaatsfictie veelal leiden tot dubbele belastingheffing, zo zal Nederland heffingsbevoegdheid hebben op basis van de fictie terwijl de andere staat als staat van feitelijke vestiging ook heffingsbevoegd zal zijn op grond van zijn nationale wetgeving. In belastingverdragen wordt dit echter opgelost door voor wat betreft de vestigingsstaat van een vennootschap aan te sluiten bij de staat waar de werkelijke leiding is gevestigd (artikel 4, lid 3 OMV). Derhalve zal de vestigingsplaatsfictie die Nederland kent ter zijde worden geschoven door werking van het verdrag.

Artikel 10 OMV bepaalt ten aanzien van dividenden in het eerste lid dat wanneer deze betaald worden door een lichaam dat inwoner is van één van de staten aan een inwoner van het andere staat, in die andere staat belast mogen worden. In beginsel komt de heffingsbevoegdheid over dividenden dus toe aan de woonstaat van de ontvanger van het dividend. Het tweede lid kent echter eveneens een heffingsrecht toe aan de staat waar het lichaam dat de dividenden betaalt inwoner is, anders gezegd de bronstaat. De belasting die door de bronstaat wordt geheven, ook wel 'bronheffing' genoemd, is in het geval de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden inwoner is van de andere staat, beperkt tot: a) 5% van het brutobedrag van de dividenden indien de uiteindelijk gerechtigde een lichaam is dat direct ten minste 25% van het kapitaal houdt in het lichaam dat de dividenden betaalt (zogenoemde deelnemingsdividenden); b) 15% van het brutobedrag van de dividenden in alle andere gevallen. De woonstaat dient vervolgens de aldus geheven dividendbelasting te verrekenen met zijn inkomsten- of vennootschapsbelasting over het wereldinkomen van de genier voor het gedeelte dat toe te rekenen is aan het dividend.

Het Nederlandse Standaardverdrag (Hierna: NSV) wijkt voor dividenden af van het OMV. Het NSV noemt een percentage van 0 voor deelnemingsdividenden. Het streven naar een uitsluitende woonstaatheffing voor deelnemingsdividenden is wederom ook opgenomen in de Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011.¹⁵³ De achtergrond hiervan heeft te maken met de Nederlandse opvatting dat op deelnemingsdividenden in het geheel geen bronbelasting

¹⁵³ Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011, paragraaf 2.7.1.

ingehouden behoort te worden.¹⁵⁴ In het Notitie Fiscaal verdragsbeleid wordt opgemerkt dat op basis van het Nederlandse belastingstelsel, ondernemingsinkomsten van een vennootschap eenmaal op vennootschapsniveau en eenmaal op niveau van de achterliggende aandeelhouder belast worden. Ingeval van dividend dat wordt betaald aan een genieter die in het buitenland gevestigd is, heft Nederland de dividendbelasting ofwel als eindheffing ofwel als voorheffing op de ab-heffing om belastingheffing op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouder te waarborgen. Zoals hierboven is behandeld kent Nederland de deelnemingsvrijstelling om economische dubbele belastingheffing op vennootschapsniveau te voorkomen en een inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting. De deelnemingsvrijstelling is tevens ook van toepassing op deelnemingsdividenden die uit het buitenland zijn ontvangen. Vanwege deze vrijstelling kan de op deze dividenden ingehouden buitenlandse bronbelasting niet worden verrekend. Het is in een dergelijke situatie dus niet voordelig om een bronheffing op deelnemingsdividenden toe te staan, investeringen door Nederlandse bedrijven in het buitenland zullen immers duurder worden. Het vrijstellen van de belasting op deelnemingsdividenden door de bronstaat is derhalve een belangrijk instrument om het verwerven of opzetten van buitenlandse deelnemingen niet te belemmeren.¹⁵⁵ Het streven naar een uitsluitende woonstaatheffing voor deelnemingsdividenden levert dit in werkelijkheid echter niet altijd op. Veel recente Nederlandse verdragen kennen voor deelnemingsdividenden een bronstaatheffing van 5%. Een reden hiervoor is bijvoorbeeld dat kapitaal importerende landen baat hebben bij een bronstaatheffing, derhalve vinden zij een bronstaatheffing van 0% onaanvaardbaar.

Het compartimenteringsvraagstuk bij dividenden kan in verschillende situaties aan de orde komen. Bijvoorbeeld in de situatie waarin de vestigingsplaats van een Nederlandse vennootschap met aandeelhouders in het buitenland, kort voor uitkering van het dividend vanuit Nederland naar een ander land wordt verlegd.¹⁵⁶ De winst waaruit het dividend na sfeerovergang wordt uitgekeerd zou (gedeeltelijk) kunnen zijn ontstaan in de periode vóór sfeerovergang waardoor het de vraag is of Nederland als voormalig bronland over dat gedeelte heffingsbevoegdheid kan hebben. Een andere situatie betreft de situatie waarin een aandeelhouder met aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap, zijn vestigingsplaats verlegt naar een ander verdragsland waarmee een lager of juist hoger bronheffingstarief is overeengekomen.¹⁵⁷ Voor de toepassing van de bronstaatheffing op grond

¹⁵⁴ O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2011 (vierde druk), p. 160.

¹⁵⁵ Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011, paragraaf 2.7.1.

¹⁵⁶ D.S. Smit, *De compartimenteringsleer en belastingverdragen*, TFO 2014/132.2.

¹⁵⁷ O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2011 (vierde druk), par. 3.3.7.

van het verdrag bij deelnemingsdividenden speelt in dit geval de vraag of men uit moet gaan van het verdragstarief ten tijde van het behalen van de winst of ten tijde van de dividenduitbetaling. Een derde situatie waar het compartimenteringsvraagstuk aan de orde kan komen is het geval waarin de status van de uitkerende vennootschap ‘van kleur verschiet’¹⁵⁸, dit wil zeggen een andere kwalificatie krijgt waardoor een ander regime van toepassing wordt. Hierbij kan men denken aan de situatie waarin een in Nederland gevestigde vennootschap op enig moment de status van een VBI (artikel 1, lid 4 Wet DB 1965) verkrijgt.

Om de vraag naar de mogelijkheid tot compartimentering te kunnen beantwoorden is het belangrijk stil te staan bij welk moment beslissend is voor de toetsing aan artikel 10 OMV. Zo kan namelijk worden gekeken of bij de toepassing van artikel 10 OMV de verdeling van de heffingsbevoegdheid bepaald wordt door het moment van ontstaan van de winst waaruit het dividend wordt betaald of door het moment van betaling ervan. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat het moment van betaling doorslaggevend is bij de toetsing aan artikel 10 OMV.¹⁵⁹ In hoofdstuk 3 is uiteen gezet dat verdragscompartimentering bij een verandering in de feiten zich voordoet door het gebruik van causaliteit uitdrukkelijke termen als ‘toerekenbaar’ (artikel 7 OMV) en ‘ter zake daarvan’ (artikel 15 OMV). Bij compartimentering onder verdragen dient derhalve een onderscheid gemaakt te worden al naar gelang de verschillende toewijzingsbepalingen in het verdrag. De bewoording van de desbetreffende toewijzingsbepaling zal beslissend zijn voor het relevante moment. In geval van dividenden wordt in artikel 10 OMV de term ‘paid’ (‘betaald’) gebruikt in tegenstelling tot de causaliteit uitdrukkelijke termen ‘toerekenbaar’ of ‘ter zake daarvan’. Dit kan betekenen dat de formulering van artikel 10 OMV geen ruimte kent voor de toepassing van verdragscompartimentering. Om een dergelijke conclusie te kunnen trekken is het echter van belang stil te staan bij de definitie van het begrip ‘betalen’. De term ‘betalen’ is niet gedefinieerd in het belastingverdrag zelf. Artikel 3, lid 2 OMV schrijft voor dat in geval een begrip niet in het verdrag zelf is gedefinieerd, men de betekenis ervan moet opvatten zoals deze luidt volgens de nationale wetgeving van de staat die het verdrag toepast. In de Nederlandse belastingwetgeving wordt de term ‘betalen’ echter niet als zodanig in een vergelijkbare context gehanteerd.¹⁶⁰ Wel komt het begrip voor in het Burgerlijk Wetboek, maar ook hier ontbreekt een juridische omschrijving ervan. Voor de betekenis van het begrip ‘betalen’ is in de Nederlandse Nationale wetgeving derhalve geen aanknopingspunt te

¹⁵⁸ D.S. Smit, *De compartimenteringsleer en belastingverdragen*, TFO 2014/132.2.

¹⁵⁹ Zie o.a. D.S. Smit, *De compartimenteringsleer en belastingverdragen*, TFO 2014/132.2 en O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2011 (vierde druk), par. 3.3.7.

¹⁶⁰ D. Smit, *Compartimentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 4.4.3.

vinden. Artikel 31 VvW luidt dat een verdrag in beginsel moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen en gezien de context ervan. Het OESO-commentaar merkt op dat de term ‘betaald’ in de zin van artikel 10 OMV een ruime betekenis kent, aangezien een betaling moet worden gezien als de *nakoming van de verplichting* om fondsen ter beschikking te stellen aan de aandeelhouder op contractuele of gebruikelijke wijze.¹⁶¹ Hieruit kan worden afgeleid dat met het begrip ‘betaald’ wordt bedoeld op de feitelijke dividenduitkering (nakoming van de verplichting).¹⁶² Het lijkt er derhalve op dat het begrip ‘betalen’, zoals ook in de literatuur algemeen wordt aangenomen, ziet op het tijdstip waarop het dividend daadwerkelijk uitgekeerd wordt.

De Hoge raad heeft zich in BNB 1995/117¹⁶³ echter uitgesproken over de uitleg van het begrip ‘betalen’ onder het belastingverdrag tussen Nederland en de voormalige Bondsrepubliek Duitsland van 16 juni 1959. Dit arrest ging om de uitleg van het begrip ‘betalen’ in de zin van artikel 12, lid 2 van het betreffende verdrag. In casu was sprake van de privatisering van een overheidspensioenbedrijf. Na de privatisering zijn er pensioenafkoopsommen uitbetaald waarvan een deel betrekking hebben op pensioen dat is opgebouwd in de periode vóór de privatisering en derhalve toe te rekenen aan de periode waarin het pensioenfonds was aan te merken als een overheidspensioenbedrijf. In casu komt de heffingsbevoegdheid van pensioen op grond van artikel 12, lid 1 van het betreffende verdrag toe aan de woonstaat, tenzij het pensioen wordt ‘betaald’ door een overheidspensioenbedrijf, in dit geval komt de heffingsbevoegdheid op basis van artikel 12, lid 2 van het betreffende verdrag toe aan de bronstaat. In geschil was onder welke lid de uitgekeerde afkoopsommen, voor zover deze kunnen worden toegerekend aan de periode vóór de privatisering, kwamen te vallen. De Hoge Raad oordeelt dat op grond van artikel 12, lid 2 van het betreffende verdrag dat het vereist is dat de Staat of een publiekrechtelijke rechtspersoon of instelling de afkoopsommen ‘betaalt’. Voor dat vereiste is het volgens de Hoge Raad niet van belang wie de afkoopsommen daadwerkelijk overmaakt naar de gerechtigde, maar bij wie deze afkoopsommen zijn opgebouwd. De Hoge Raad gaat bij de interpretatie van het begrip ‘betalen’ derhalve verder dan slechts het vaststellen van het tijdstip waarop een voordeel wordt uitgekeerd. Door deze uitleg is het naast het feit dat het voordeel daadwerkelijk uitgekeerd moet zijn voor de toepasselijke bepaling ook de oorsprong van het voordeel beslissend.¹⁶⁴ In casu betekende dit dat de uitgekeerde

¹⁶¹ OESO-commentaar bij artikel 10, paragraaf 1.7.

¹⁶² Zie ook A-G Wattel, bijlage conclusie bij HR 5 september 2003, nr. 37 670, BNB 2003/379.

¹⁶³ HR 23 november 1994, nr. 29 935, BNB 1995/117 met noot Hoogendoorn.

¹⁶⁴ Zie noot Hoogendoorn bij HR 23 november 1994, nr. 29 935, BNB 1995/117.

afkoopsommen tijdsevenredig moesten worden gecompartmenteerd. In de literatuur wordt het standpunt ingenomen dat door onder andere de lijn van dit arrest door te trekken naar artikel 10 OMV, men ook ingeval van dividenden de mogelijkheid zou hebben om te compartimenteren.¹⁶⁵ Indien de bronstaat heffingsbevoegd is volgens het verdrag dan zou het dividend namelijk moeten worden gecompartmenteerd naar de bronstaat ten tijde waarin de winst waaruit het dividend voortkomt daadwerkelijk is opgekomen. Mijns inziens blijkt uit de uitspraak van de Hoge Raad echter dat de term 'betalen' zodanig wordt geïnterpreteerd dat er voor toepassing van het verdrag als het ware twee betalers worden geconstrueerd. Smit¹⁶⁶ merkt hierbij terecht op dat de Hoge Raad, gezien de twee typen pensioenbetalingen expliciet afzonderlijk zijn geregeld in het verdrag, houvast heeft om in casu de betaling voor verdragsdoeleinden op te splitsen. Voor wat betreft dividenden kennen verdagen geen specifieke bepalingen voor dividenden al naar gelang de status van de uitkerende vennootschap. Anders dan in de casus van BNB 1995/117 gaat het bij situaties waarin de vraag naar compartimentering bij artikel 10 OMV voorkomt, overigens om situaties waarin de vestigingsstaat van de vennootschap wordt verlegd. Hoewel in dit geval de bronstaat wijzigt, gaat het wel nog om dezelfde betaler (bron). Derhalve kan mijns inziens de interpretatie van de term 'betalen' in BNB 1995/117 niet worden doorgetrokken naar artikel 10 OMV.

In de jurisprudentie is in Hof 's-Gravenhage 24 februari 1998¹⁶⁷ ingegaan op de vraag of compartimentering wellicht plaats dient te vinden ingeval er geen sprake is van verdragsrechtelijk voorgeschreven compartimentering door gebruik van causaliteit uitdrukkende termen. De casus betreft een dividenduitkering door een Nederlandse vennootschap aan haar in de Antillen gevestigde aandeelhouder. Deze dividenden waren deels echter aangegroeid in een periode waarin de aandelen van de vennootschap werden gehouden door een aandeelhouder gevestigd in Uruguay en deels in een periode waarin de aandelen werden gehouden door een aandeelhouder gevestigd in Panama. Het geschil betrof het verzoek om teruggaaf van dividendbelasting. De inspecteur stelt namelijk dat belanghebbende slechts een aanspraak op teruggave van dividendbelasting heeft voorzover dividend is ingehouden op het gedeelte van het dividend dat geacht kan worden te stammen uit winsten die zijn ontstaan gedurende de bezitsperiode van belanghebbende.¹⁶⁸ Hof 's-Gravenhage overweegt als volgt¹⁶⁹:

¹⁶⁵ Zie Albert P.G.H. Albert, *Nederlands verdragsbeleid vanuit het perspectief van de dga*, WFR 2011/554.

¹⁶⁶ D. Smit, *De compartimenteringsleer en belastingverdrage*, TFO 2014/132.2.

¹⁶⁷ Hof 's-Gravenhage 24 februari 1998, nr. 96/0132, FED 1998/297.

¹⁶⁸ Hof 's-Gravenhage 24 februari 1998, nr. 96/0132, FED 1998/297, r.o. 4.2.

¹⁶⁹ Hof 's-Gravenhage 24 februari 1998, nr. 96/0132, FED 1998/297, r.o. 6.2.2.

‘(...) Een verzoek tot vermindering of teruggaaf van dividendbelasting wordt beheerst door de wettelijke regels en bepalingen in de BRK en in verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, zoals deze gelden op het tijdstip waarop de dividenden worden uitgekeerd en de dividendbelasting moet worden ingehouden. Noch de tekst noch de wetsgeschiedenis van de BRK en van de Wet geeft aanleiding te veronderstellen dat de door de inspecteur voorgestane beperking tot nieuwe winsten de bedoeling van de wetgever is geweest. Ook de enkele omstandigheid dat, naar de inspecteur aanvoert, de aandelen in C BV uitsluitend om fiscale redenen aan belanghebbende zijn overgedragen, leidt niet tot het oordeel dat sprake is van handelen in strijd met doel en strekking van de BRK en van de Wet.’

Hoewel deze zaak over de toepassing van de BRK ging is hij evenzeer van belang voor de toepassing van verdragen. Naar oordeel van het Hof geldt namelijk voor de toepassing van de bepalingen van de BRK en ook van verdragen dat deze ten aanzien van dividenduitkeringen in beginsel moeten worden toegepast naar de toestand ten tijde van het uitkeren van het dividend. Dit betekent derhalve dat volgens het Hof geen ruimte bestaat voor compartimentering van dividenduitkeringen.

Een arrest waaruit kan worden afgeleid dat ook de Hoge Raad het moment van betaling beslissend acht bij de toepassing van artikel 10 OMV is BNB 2007/36¹⁷⁰. Dit arrest betreft de emigratie van een Nederlandse aandeelhouder (belanghebbende), die aandelen houdt in een Nederlandse BV, naar België. Na de emigratie wordt ook de zetel en werkelijke leiding van de BV verplaatst naar België, waarna de BV wordt geliquideerd. Opgemerkt zij dat het OESO-commentaar bij artikel 10 OMV stelt dat *‘Payments regarded as dividends may include not only distributions of profits decided by annual meetings of shareholders, but also other benefits in money or money’s worth, such as bonus shares, bonuses, profits on a liquidation and disguised distributions of profits’*.¹⁷¹ Het dividendartikel kan derhalve ook op liquidatie-uitkeringen van toepassing zijn, in casu betekent dit dat de liquidatie-uitkeringen onder artikel 10 van het betreffende verdrag moeten worden begrepen. In geschil is of Nederland heffingsbevoegdheid heeft over de door belanghebbende ontvangen liquidatie-uitkering. Het besluit om te liquideren was materieel namelijk al genomen toen de BV nog in Nederland was gevestigd. Gesteld kan derhalve worden dat op het moment dat de liquidatie-uitkeringen werden ontvangen, er sprake was van inkomsten uit een Nederlandse bron.¹⁷² Volgens de Hoge Raad is echter het moment

¹⁷⁰ HR 12 mei 2006, nr. 39 223, BNB 2007/36 met noot Van Weeghel.

¹⁷¹ OESO-commentaar bij artikel 10, paragraaf 28.

¹⁷² HR 12 mei 2006, nr. 39 223, BNB 2007/3, r.o. 4.4.

van feitelijke liquidatie-uitkering beslissend. Nu op dat moment de uitkerende vennootschap voor toepassing van het verdrag niet is aan te merken als inwoner van Nederland, is Nederland ook niet heffingsbevoegd over de liquidatie-uitkering.¹⁷³ Derhalve werd ook hier niet gecompartmenteerd.

Zoals opgemerkt komt de vraag naar compartimentering ook op indien de status van de uitkerende vennootschap van kleur verschieft. Hierbij kan men denken aan een in Nederland gevestigde vennootschap die op enig moment de status van een VBI verkrijgt. Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is geweest is de VBI op basis van artikel 1, lid 4 Wet DB 1965 subjectief vrijgesteld van de dividendbelasting. Echter geldt deze subjectieve vrijstelling niet ten aanzien van het dividend voor zover deze wordt uitgekeerd uit winst die aanwezig was op het moment van statuswijziging. Op basis van deze bepaling dient het dividend dus gecompartmenteerd te worden naar een gedeelte dat toe te rekenen is aan de periode vóór en periode ná de statuswijziging. Het is vervolgens de vraag of Nederland zijn heffingsrecht over het dividend dat toe te rekenen is aan de pre-VBI-periode mag effectueren onder belastingverdragen. In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat een VBI niet als verdragsinwoner kan worden aangemerkt omdat deze is vrijgesteld voor zowel de vennootschapsbelasting als dividendbelasting.¹⁷⁴ Dit betekent dat een VBI niet kwalificeert als verdragsinwoner en derhalve niet onder het dividendartikel kan worden geschaard waardoor het artikel dus ook geen (gedeeltelijke) bronstaatheffing aan Nederland kan toewijzen. Kijkend naar de uitspraak van Hof 's-Gravenhage van 24 februari 1998 en BNB 2007/36 ligt het voor de hand om ook in geval van statuswijziging naar een VBI te concluderen dat geen ruimte bestaat voor compartimentering. Ten aanzien van dividenduitkeringen is in beginsel namelijk de toestand ten tijde van het uitkeren van het dividend beslissend. In de literatuur is onder andere ook Smit deze conclusie toegedaan.¹⁷⁵ Volgens de staatssecretaris valt echter uit een aantal arresten waaronder BNB 1976/110 (nr. 17 804) en BNB 1995/117 (nr. 29 935), een sterke aanwijzing af te leiden dat de Hoge Raad een effectuering van het voorgestelde heffingsrecht dat uit artikel 1, lid 5 Wet DB 1965 voortvloeit, mogelijk acht onder de Nederlandse belastingverdragen.¹⁷⁶ BNB 1976/110¹⁷⁷ betref de situatie van winsttoerekening aan de vi. Zoals in hoofdstuk 3 is uiteengezet heeft de Hoge Raad bij dit arrest beslist dat de verdeling van de

¹⁷³ HR 12 mei 2006, nr. 39 223, BNB 2007/3, r.o. 3.3.

¹⁷⁴ MvT, algemeen deel, Kamerstukken 30 533, V-N 2006/28.3, par. 2.5,

¹⁷⁵ D.S. Smit, *De compartimenteringsleer en belastingverdragen*, TFO 2014/132.2.

¹⁷⁶ MvA, Kamerstukken I, 2006/07, 30 533, C, p. 3.

¹⁷⁷ HR 25 februari 1976, nr. 17 804, BNB 1976/110.

heffingsbevoegdheid bepaald wordt aan de hand van een toerekening van de ondernemingsresultaten aan het land waar de ontstaansgrond van die resultaten ligt. Het was derhalve niet relevant of de vi nog bestond op het moment van realisatie van het resultaat. In geval van sfeerovergang door statuswijziging naar een VBI kan men derhalve stellen dat de winstreserve waaruit na statuswijziging een dividenduitkering wordt gedaan daadwerkelijk is opgebouwd in de pre-VBI-periode. In die periode was de vennootschap onderworpen aan vennootschapsbelasting en derhalve verdragsinwoner. Naar analogie van BNB 1976/110 betekent dit dat ondanks de subjectieve vrijstelling het dividend feitelijk afkomstig is van een verdragsinwoner, waardoor het op basis van artikel 10 OMV mogelijk is de heffingsbevoegdheid (gedeeltelijk) toe te wijzen aan de bronstaat. Ook Wattel¹⁷⁸ is de mening toegedaan dat een vergelijking met de winsttoerekening aan de vi wijst op temporele toerekening van deelnemingsdividenden. Mijns inziens is dit echter geen pleitbaar standpunt. In BNB 1976/110 ging het namelijk om artikel 7 OMV. Dit artikel bevat de causaliteit uitdrukkende term 'toerekenbaar'. De tekst van artikel 7 OMV zag derhalve in de mogelijkheid winsten toe te rekenen aan de vi. Dat aan het bestaan van de vi een einde was gekomen betekende niet dat ook het causale verband tussen de uitkering en de vi kwam te vervallen. Zoals opgemerkt kent artikel 10 OMV geen dergelijke causaliteit uitdrukkende term, waardoor mijns inziens de redenering van BNB 1976/110 ook niet kan worden doorgetrokken. Overigens bestaat er in dit verband een essentieel verschil tussen een VBI en een vi. Een vi wordt namelijk aanmerkt als verdragsinwoner, eerder is opgemerkt dat een VBI subjectief is vrijgesteld voor zowel de vennootschapsbelasting als de dividendbelasting, dit betekent dat een VBI niet kwalificeert als verdragsinwoner waardoor toegang tot het verdrag volledig ontbreekt voor de VBI.

Van de genoemde arresten komt BNB 1995/117, gezien het daar gaat om een statuswijziging, het meeste overeen met de situatie van een VBI. BNB 1995/117. Hierboven is geconcludeerd dat dit arrest mijns inziens niet kan worden doorgetrokken naar situaties betreffende artikel 10 OMV. Albert¹⁷⁹ is echter van mening dat de staatssecretaris op basis van dit arrest wel een pleitbaar standpunt heeft voor wat betreft de aanwezigheid van aanwijzingen dat de Hoge Raad een effectuering van het voorgestelde heffingsrecht dat uit artikel 1, lid 5 Wet DB 1965 voortvloeit, mogelijk acht onder de Nederlandse belastingverdragen. Door de lijn van BNB 1995/117 door te trekken naar de situatie van statuswijziging naar een VBI kan volgens hem namelijk worden gesteld dat het dividend (gedeeltelijk) toe te rekenen is aan de pre-VBI-periode,

¹⁷⁸ Conclusie Wattel bij HR 14 juni 2013, nr. 11/04538, BNB 2013/117.

¹⁷⁹ P.G.H. Albert, *Nederlands verdragsbeleid vanuit het perspectief van de dga*, WFR 2011/554.

waardoor deze daadwerkelijk zijn betaald in de tijd dat de vennootschap wel als verdragsinwoner kwalificeerde. Het dividend is derhalve afkomstig van een verdragsinwoner die wel onder artikel 10 OMV valt, waardoor dus de mogelijkheid bestaat op basis van het verdrag een gedeeltelijke bronstaatheffing toe te passen. Gezien het feit dat een VBI geen verdragsinwoner is, is het hierboven genoemde standpunt mijns inziens niet pleitbaar. In BNB 1995/117 was er namelijk sprake van verdragsinwoners die ook daadwerkelijk toegang tot het desbetreffende verdrag hadden. Aangezien een VBI überhaupt geen toegang tot het verdrag heeft, kan de lijn van BNB 1995/117 ook niet daarop worden doorgetrokken.

Concluderend kan mijns inziens gesteld worden dat voor wat betreft de wijze van formulering van artikel 10 OMV de omstandigheden ten tijde van het moment van daadwerkelijke betaling doorslaggevend zijn. Dit betekent dat de formulering van artikel 10 OMV geen ruimte kent voor de toepassing van verdragscompartimentering.

4.2.3 Compartimentering en vermogensresultaten

4.2.3.1 Vermogensresultaten en compartimentering onder de deelnemingsvrijstelling

Zoals hierboven behandeld ziet de deelnemingsvrijstelling erop dezelfde winst niet tweemaal in heffing van de vennootschapsbelasting te betrekken. Dit wordt bereikt door alle voordelen uit de deelneming vrij te stellen, dit zijn zowel dividenden als vermogensresultaten. Hierboven is reeds ingegaan op de vraag naar compartimentering bij dividenden. De vraag naar compartimentering kan zich echter ook voordoen bij vermogensresultaten. Deze vraag komt bijvoorbeeld op in de situatie waarin een sfeerovergang plaats vindt door een wijziging in het aandelenbelang waardoor men van de onbelaste sfeer naar de belaste sfeer gaat door het niet meer van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling. Indien na sfeerovergang de aandelen (gedeeltelijk) worden vervreemd, is het de vraag of het gedeelte van de vermogenswinst die uit de vervreemding voortvloeit en kan worden toegerekend aan de periode vóór sfeerovergang gecompartmenteerd mag worden waardoor deze alsnog onder de deelnemingsvrijstelling valt. In hoofdstuk twee is deze vraag reeds beantwoord. Zo blijkt uit BNB 1986/305¹⁸⁰ dat gezien een voordeel vóór sfeerovergang reeds aanwezig is, een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat de deelnemingsvrijstelling daarover toegepast dient te worden ongeacht of het daadwerkelijke realisatiemoment plaats vindt in een periode waarin de deelnemingsvrijstelling is vervallen. Dit betekent dat compartimentering mogelijk is bij vermogenswinsten onder de

¹⁸⁰ HR 2 juli 1986, nr. 23.444, BNB 1986/305.

deelnemingsvrijstelling. Voor een uitgebreide uitwerking hiervan volsta ik derhalve met een verwijzing naar hetgeen hierover is behandeld in hoofdstuk 2 van deze scriptie.

4.2.3.2 Vermogenswinsten onder het OMV

De vraag naar verdragscompartimentering van vermogensresultaten komt aan de orde indien een belastingplichtige na emigratie vermogenswinsten realiseert, de vraag is dan welke staat heffingsbevoegd is over deze vermogenswinsten, is dat de staat waar deze zijn aangegroeid of de staat waar deze worden gerealiseerd. De toewijzingsregel omtrent vermogensresultaten door (gedeeltelijke) vervreemding van aandelen door een aandeelhouder zijnde een rechtspersoon is geregeld in artikel 13, lid 5 OMV. Deze bepaalt dat de heffingsbevoegdheid exclusief toekomt aan de vestigingsstaat van de vervreemder. In hoofdstuk 3 is reeds ingegaan op de vraag of deze bepaling mogelijk ruimte kent voor compartimentering. Hier is geconcludeerd dat onder een OESO-conforme vermogenswinstartikel, het moment van realisatie beslissend is waardoor geen ruimte bestaat ter compartimentering. Voor de onderbouwing van deze conclusie volsta ik voor zover van belang met een verwijzing naar hetgeen hierover in hoofdstuk 3 is behandeld.

4.3 Aandelen vormende een aanmerkelijk belang

4.3.1 Inkomen uit aanmerkelijk belang algemeen

Indien een natuurlijk persoon aandeelhouder is een ander regime van toepassing dan wanneer een rechtspersoon aandeelhouder is. Ingeval een natuurlijk persoon aandeelhouder is geldt namelijk het regime van de Wet IB 2001. In de Wet IB 2001 worden aandelen die conform artikel 4.6 Wet IB 2001 tot een ab belast in box II. Aandelen die niet onder het ab-regime vallen worden belast in box III naar het forfaitair rendement. Het inkomen uit een ab wordt op grond van artikel 4.12 Wet IB 2001 bepaald door de optelsom van de reguliere inkomsten (dividenden) en de vermogensresultaten. In hoofdstuk 2 is reeds ingegaan op de mogelijkheid in de nationale wetgeving om inkomen uit ab te compartimenteren. Artikel 4.23 Wet IB 2001 bepaalt dat indien een aandeel op enig moment tot een ab gaat behoren, de verkrijgingsprijs ervan op dat moment gesteld moet worden op de waarde in het economische verkeer. In spiegelbeeld situaties, wordt het niet meer aanwezig zijn van een ab op grond van artikel 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001 aangemerkt als een fictieve vervreemding. Hier dient vervolgens te worden afgerekend over de waarde in het economische verkeer op dat moment. Derhalve ligt aan zowel artikel 4.23 als artikel 4.16 Wet IB 2001 de compartimenteringsgedachte ten grondslag. Voor de vraag naar compartimentering in binnenlandse situaties is het derhalve niet relevant een onderscheid te maken tussen dividenden of vermogensresultaten. In geval van sfeerovergang is compartimentering immers voorgeschreven in artikel 4.16 en artikel 4.23 Wet IB. In

verdragssituaties is het echter wel van belang om een onderscheid te maken naar gelang het soort inkomen, de behandeling van dividenden wordt in belastingverdragen immers ingegeven door een andere bepaling (artikel 10 OMV) dan die van vermogensresultaten (Artikel 13 OMV).

4.3.2 Compartimentering dividenden onder verdragen

Voor wat betreft het inkomen uit ab betreft Nederland zowel binnenlandsbelastingplichtigen als buitenlandsbelastingplichtigen in de belastingheffing. Binnenlandsbelastingplichtigen worden over hun wereldinkomen in de belastingheffing betrokken. Voor wat betreft het ab gelden de regels van hoofdstuk 4 Wet IB 2001. Buitenlandsbelastingplichtigen zijn slechts belastingplichtig voor zover zij Nederlands inkomen genieten. Op grond van artikel 7.5 Wet IB 2001 moet in ab-situaties als Nederlands inkomen worden aangemerkt, het inkomen uit ab in een in Nederland gevestigde vennootschap. Of Nederland in verdragssituaties ook daadwerkelijk haar nationale heffingsrecht mag uitoefenen over dividenden uit het ab, moet op grond van het van toepassing zijnde belastingverdrag worden beoordeeld. Hierboven is reeds ingegaan op artikel 10 OMV die de heffingsbevoegdheid over dividenden regelt. Artikel 10 OMV bepaalt in het eerste lid dat de heffingsbevoegdheid over dergelijke dividenden toekomt aan de woonstaat van de ontvanger. Het tweede lid kent echter eveneens een heffingsrecht toe aan de bronstaat. De belasting die door de bronstaat wordt geheven, ook wel 'bronheffing' genoemd, is in het geval van ab-situaties 15% van het brutobedrag van de dividenden. Voor de vraag of onder artikel 10 OMV compartimentering mogelijk is volsta ik hier met een verwijzing naar hetgeen hierover in paragraaf 4.2.2.2 is behandeld.

4.3.3 Compartimentering vermogensresultaten onder verdragen

4.3.3.1 Conserverende aanslag

Het compartimenteringsvraagstuk kan aan de orde zijn in situaties van emigratie of immigratie van de ab-houder of de uitkerende vennootschap. Nederland hanteert als algemeen uitgangspunt omtrent dergelijke situaties dat Nederland heffingsbevoegd is over de claims die gedurende de Nederlandse periode zijn opgebouwd.¹⁸¹ Dit kan zowel een claim zijn op basis van de regels die gelden voor binnenlands belastingplichtigen (hoofdstuk 4 Wet IB 2001) als een claim op basis van de regels die gelden voor buitenlandse belastingplichtigen (hoofdstuk 7 Wet IB 2001). De emigratie van een ab-houder wordt op grond van artikel 4.16 lid 1 Wet IB 2001 namelijk aangemerkt als een fictieve vervreemding van het ab waarover dient te worden afgerekend. Andersom verleent Nederland op basis van artikel 4.25 Wet IB 2001 een step up voor de verkrijgingsprijs naar de waarde in het economische verkeer van de aandelen op

¹⁸¹ E.J.W. Heithuis, *(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders*, TFO 2007/147.

moment van binnenkomst. Ook bij de verplaatsing van de werkelijke leiding van de uitkerende vennootschap komt de vraag naar compartimentering aan de orde. In dit geval moet er een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie van een ab-houder woonachtig in Nederland en een ab-houder woonachtig in het buitenland. Indien de aandeelhouder in Nederland woonachtig is heeft het voor de Nederlandse claim geen gevolgen indien de werkelijke leiding van de vennootschap naar het buitenland wordt verlegd. Een binnenlandsbelastingplichtige is immers belastingplichtig naar het wereldinkomen. Indien de ab-houder echter in het buitenland woonachtig is heeft het voor de Nederlandse claim echter wel gevolgen indien ook de werkelijke leiding van de vennootschap naar het buitenland wordt verlegd. Artikel 7.5, lid 7 Wet IB 2001 schrijft in deze situatie een fictieve vervreemding voor waarbij over de ab-claim dient te worden afgerekend. De fictieve vervreemding van artikel 4.16, lid 1 Wet IB 2001 en artikel 7.5, lid 7 Wet IB 2001 kennen een soortgelijke uitwerking, derhalve wordt in het vervolg slechts de situatie van artikel 4.16, lid 1 Wet IB 2001 uitgewerkt.

Artikel 4.16, lid 1, onderdeel h Wet IB 2001 formuleert de emigratie van een ab-houder als een fictieve vervreemding voor de ab-regeling. Dit hoeft echter niet te lijden tot een directe belastingheffing, op basis van artikel 25, lid 8 IW 1990 kan op verzoek uitstel van betaling worden verkregen door middel van de zogenoemde conserverende aanslag. Voor emigratie naar EU-landen geldt dat het uitstel automatisch wordt verleend waarbij tevens geen zekerheid behoeft te worden gesteld. Voor emigraties naar niet EU-landen geldt echter dat het uitstel slechts op verzoek wordt verleend waarbij vervolgens zekerheid dient te worden gesteld. De maximale uitsteltermijn bedraagt tien jaren, na die periode wordt ingevolge artikel 26, lid 2, IW 1990 de conserverende aanslag of het restant ervan kwijtgescholden. Bij vervreemding binnen een periode van tien jaren na emigratie van het ab-aandeel waar de conserverende aanslag op ziet zal de conserverende aanslag ingevorderd worden. Het vervreemdingsbegrip volgens artikel 25, lid 8, onderdeel a IW 1990 wordt hierbij opgevat conform artikel 4.12 Wet IB 2001.

4.3.3.2 Conserverende aanslag en belastingverdragen

De vraag is of het systeem van de conserverende aanslag al dan niet in overeenstemming is met de toewijzingssystematiek onder belastingverdragen. Alvorens op die vraag in te gaan wordt kort ingegaan op artikel 13 OMV waarin toewijzingsregels zijn opgenomen ten aanzien van de heffingsbevoegdheid over vermogensresultaten. Vermogensresultaten ter zake van de vervreemding van ab-aandelen vallen onder artikel 13, lid 5 OMV. Hierin wordt bepaald dat de heffingsbevoegdheid over dergelijke vermogenswinsten toekomt aan de woonstaat van de vervreemder. Nederland past in de door haar gesloten belastingverdragen deze bepaling toe,

echter maakt zij als aanvulling daarop een voorbehoud voor wat betreft het ab.¹⁸² Dit voorbehoud houdt in dat Nederland in situaties van emigratie als bronland gedurende tien jaren na emigratie (vijf jaren voor wat betreft verdragen gesloten vóór 1997) heffingsbevoegd blijft. Dit betekent dat Nederland in de door haar gesloten verdragen naast de woonstaat ook de bronstaat heffingsbevoegd stelt¹⁸³. Voor wat betreft het ab werd bij verdragen die gesloten waren vóór 1997, de heffingsbevoegdheid over vervreemdingsvoordelen uit een ab, na een in het verdrag bepaalde periode na emigratie (vijf jaar), slechts toegewezen aan de woonstaat. Dit betekende dat Nederland niet meer kon heffen indien de realisatie van het vervreemdingsvoordeel plaats vond buiten de in het verdrag vastgestelde periode van emigratie.¹⁸⁴ De nationale wetgeving werd zodanig aangepast dat er door middel van een fictief heffingsmoment de mogelijkheid werd gecreëerd om direct voorafgaand aan de emigratie belasting te heffen over de ongerealiseerde winsten.¹⁸⁵ Het fictieve heffingsmoment zorgt ervoor dat een en ander geheel in de binnenlandse periode wordt afgewikkeld, waardoor niet wordt toegekomen aan de werking van het belastingverdrag.

Engelen¹⁸⁶ merkt op dat hoewel artikel 3, lid 2 OMV wordt beschouwd als een *lex specialis* van de regels van het VvW, er een wisselwerking bestaat tussen dat artikel en de bepalingen van het VvW. Het VvW biedt immers een algemeen uitleggingsvoorschrift voor de uitleg van het OMV. Kijkend naar het verdragenrecht, bepaalt artikel 26 VvW dat een verdrag de contracterende staten bindt en dat verdragen te goede trouw ten uitvoer moeten worden gelegd. Artikel 27 VvW bepaalt dat een staat zich niet mag beroepen op (latere) bepalingen van nationaal recht om het niet toepassen van een verdragsverplichting te rechtvaardigen. Ondanks dat deze volkenrechtelijke regels vanzelfsprekend lijken, worden deze niet altijd nageleefd. Zo worden verdragsbepalingen eenzijdig terzijde gesteld door na het sluiten van een verdrag een daarmee strijdige bepaling tot stand te brengen in de nationale wetgeving. Dit wordt ook wel 'treaty override' genoemd.¹⁸⁷ In feite kan de introductie van de hierboven genoemde emigratieheffingen en de conserverende aanslagen door Nederland worden aangemerkt als treaty override. Voor de vraag of de huidige conserverende aanslag in strijd is met de goede

¹⁸² Zie Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 49 e.v. en artikel 13, lid 5 NSV.

¹⁸³ P. Kavelaars, *Conserverende aanslag en verdragen (1)*, NTFRB 2009/28.

¹⁸⁴ F.P.G. Pötgens en H.M. Kapelle, *Over conserverende aanslagen, Belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!*, WFR 2010/74.

¹⁸⁵ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, P. 49.

¹⁸⁶ F.A. Engelen, 'Interpretation of Tax Treaties under International Law', Doctoral Series 7, IBFD, Amsterdam 2004, p. 477-481.

¹⁸⁷ C. Van Raad, *De verhouding tussen verdragsrecht en nationaal recht in andere landen*, Cursus Belastingrecht, IBR.3.1.3.D.

verdragstrouw, is het belangrijk een onderscheid te maken tussen de verdragen die zijn gesloten vóór 1997 en verdragen die zijn gesloten ná 1997. Ten tijde van de onderhandelingen en het sluiten van belastingverdragen ná 1997 kende Nederland namelijk de regeling van de huidige conserverende aanslag in haar wetgeving. Er dient vanuit te worden gegaan dat de verdragspartner dus op de hoogte was van de huidige regeling zodat de nieuwe verdragen volledig geënt zijn op de huidige regeling van de conserverende aanslag. De regeling van de huidige conserverende aanslag die een uitsteltermijn geeft van tien jaren was echter nog niet van kracht ten tijde van het sluiten van belastingverdragen vóór 1997¹⁸⁸.

Naar aanleiding van de invoering van de conserverende aanslag en de wijziging in het verdragsbeleid zijn er in de jurisprudentie enkele belangrijke ontwikkelingen te vinden. Zo is in BNB 2004/257¹⁸⁹ in geschil of de regeling van de conserverende aanslag bij de emigratie van een ab-houder in strijd is met de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK). In de BRK zijn regels neergelegd ter voorkoming van dubbele belasting tussen de landen van het Koninkrijk, dit zijn (momenteel) Aruba, Curaçao en Sint Maarten. In casu emigreerde belanghebbende, aandeelhouder van een in Nederland gevestigde vennootschap, in 1997 naar Curaçao. Bij de emigratie is aan belanghebbende een aanslag inkomstenbelasting opgelegd waarin een fictief vervreemdingsvoordeel uit ab is begrepen. Opgemerkt zij dat de BRK voor wat betreft het ab afwijkt van de oudere verdragen. Op basis van artikel 12, lid 2 BRK is het de bronstaat toegestaan overeenkomstig zijn eigen wetgeving belasting te heffen over de voordelen uit vervreemding van ab-aandelen. Deze bepaling kent weliswaar ook een vijfjaarstermijn, echter ziet deze termijn op de periode gedurende welke de belastingplichtige een ab moet hebben gehad. Dit is dus anders dan de (oudere) verdragen waar de vijfjaarstermijn ziet op de periode na emigratie van de ab-houder uit Nederland. Anders gezegd betekent dit dat de Nederlandse ab-heffing voor emigranten naar Aruba, Curaçao en Sint Maarten volgens de BRK niet beperkt is in de tijd. Zo overweegt dan ook de Hoge Raad dat artikel 12 BRK Nederland toelaat tot het moment waarop een ab-houder vanuit Nederland emigreert, te heffen over waardeinstijgingen van de desbetreffende aandelen tot dat tijdstip. Dit wordt niet anders als ter zake van het op de aanslag verschuldigde bedrag uitstel van betaling kan worden verleend, onder meer tot op het moment waarop de aandelen worden vervreemd.¹⁹⁰ Derhalve beslist de Hoge Raad dat de

¹⁸⁸ Een tweede wijziging in de verdragen gesloten na 1997 die veelal voorkomt is de bepaling dat de heffingsbevoegdheid is gekoppeld aan het opleggen van de conserverende aanslag. Zie artikel 13, lid 5 van het verdrag met België van 2001.

¹⁸⁹ HR 24 oktober 2003, nr. 37 565, BNB 2004/257 met conclusie van Van Kalmthout en noot Rijkers.

¹⁹⁰ HR 24 oktober 2003, nr. 37 565, BNB 2004/257, r.o. 3.3.2.

regeling van de conserverende aanslag niet in strijd is met de BRK. Met dit arrest kan men echter geen conclusies trekken voor wat betreft de goede verdragstrouw in de zin van het VvW. In de literatuur wordt namelijk de stelling ingenomen dat de BRK interregionaal recht, waarop het VvW geen toepassing vindt.¹⁹¹

Voor wat betreft de vraag of de Nederlandse exithetfing en de conserverende aanslag bij emigratie van een ab-houder in strijd is met de verdragstrouw kan worden verwezen naar de zogenoemde 20 februarierresten¹⁹². Zo heeft de Hoge Raad in BNB 2009/260 beslist dat er geen strijdigheid aan te nemen was met het oude verdrag met België uit 1970. De Hoge Raad knoopt bij zijn overweging¹⁹³ aan bij het wezen van het ab-regime en bij de plaats van dat regime in een heffing naar draagkracht zoals de inkomstenbelasting, de waarde mutatie is daarbij relevant voor het inkomensbegrip van de ab-regeling van een inwoner.¹⁹⁴ Terecht wordt daarbij door de Hoge Raad opgemerkt dat Nederland naar nationaal recht een evenwichtig heffingssysteem heeft waarbij Nederland bij binnenlandsbelastingplichtigen ter zake van vermogenswinsten uit ab, slechts over de binnenlandse periode heft. Bij immigratie verleent Nederland immers een step-up. Vervolgens is het opleggen van een conserverende aanslag ten aanzien van de emigratie van een ab-houder niet in strijd met de door Nederland gesloten verdragen omdat deze verdragen ondanks de hoofdregel van woonstaathetfing, gedurende een aantal jaren na emigratie een bronstaathetfing niet in de weg staan. Ook ten aanzien van het verdrag met de Verenigde Staten en het verdrag met het Verenigd Koninkrijk beslist de Hoge Raad, in respectievelijk BNB 2009/261 en BNB 2009/262, dat geen sprake is van strijdigheid met de goede verdragstrouw.

4.3.3.3 Compartimentering onder artikel 13 OMV.

De conserverende aanslag is zoals hierboven besproken niet in strijd met het verdragenrecht omdat de meeste verdragen een ab-voorbehoud kennen in het vermogenswinstartikel. Onder door Nederland gesloten verdragen houdt het voorbehoud in dat Nederland in situaties van emigratie als bronland gedurende tien jaren na emigratie (vijf jaren voor wat betreft verdragen gesloten vóór 1997) heffingsbevoegd blijft. De vraag die opkomt, is of het ab- voorbehoud die Nederland in haar verdragen heeft opgenomen en daarmee ook de conserverende aanslag, niet in strijd is met de bepaling zoals opgenomen in het OMV die in dergelijke situaties een

¹⁹¹ E.C.C.M. Kemmeren, *Nederlandse exithetfingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar*, WFR 2005/1613.

¹⁹² HR 20 februari 2009, nr. 42 701, BNB 2009/260, HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/261 en HR 20 februari 2009, nr. 07/12314, BNB 2009/262.

¹⁹³ HR 20 februari 2009, nr. 42 701, BNB 2009/260, r.o. 4.3.3.

¹⁹⁴ A.C. Rijkers, *Met het immigratieland is een belastingverdrag gesloten*, Cursus Belastingrecht, IB.4.6.1.I.c.

exclusieve woonstaatheffing voorschrijft. Hierover merkt de Hoge Raad in BNB 2009/260 op dat uit het officiële commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag, moet worden afgeleid dat niet beoogd is om door het bezigen van de term 'gains from the alienation of any property' uit te sluiten dat een staat voor de heffing van vermogenswinst aanknoopt bij een geconstateerde vermogensaanwas die niet door vervreemding tot uitdrukking is gekomen.¹⁹⁵ Hoewel het OMV slechts spreekt van vermogenswinsten, geeft het OESO-commentaar¹⁹⁶ bij die bepaling aan dat 'capital gains' zowel gerealiseerde als ongerealiseerde (maar al wel aanwezige) vermogenswinsten betreffen. Het is vervolgens aan de verdragsluitende staten te bepalen hoe hiermee om wordt gegaan. Kavelaars¹⁹⁷ merkt mijns inziens terecht op dat de verdragstekst en het commentaar in dit geval niet goed op elkaar aansluiten. In de verdragstekst zou namelijk een uitdrukkelijk tekstueel onderscheid moeten worden gemaakt tussen vermogenswinst (gerealiseerd) en vermogensaanwas (ongerealiseerd). Vervolgens kunnen staten ervoor kiezen de verdeling van de heffingsbevoegdheid te koppelen aan gerealiseerde winsten, waarbij dus het moment van realisatie beslissend is, dan wel naar rato van vermogensaanwas, waarbij de ontstaansperiode van de vermogenswinst beslissend is. Het ab-voorbehoud is derhalve niet in strijd met het OMV. Feitelijk wijst het ab-voorbehoud gedurende een vastgestelde periode na emigratie heffingsbevoegdheid toe aan de bronstaat. Mijns inziens betekent dit echter niet dat men hieruit de conclusie kan trekken dat het ab-voorbehoud ook daadwerkelijk compartimentering voorschrijft. Het ab-voorbehoud zegt immers niets over de wijze van toewijzing van de vermogenswinst aan verschillende perioden. Compartimentering volgt in dergelijke situaties uit de nationale wetgeving, namelijk uit de toepassing van de emigratieheffing en de daarbij opgelegde conserverende aanslag. Uit het ab-voorbehoud volgt mijns inziens daarom slechts te concluderen dat het vermogenswinstartikel door middel van een dergelijke bepaling zich niet verzet tegen de uit de nationale recht voortvloeiende compartimenteringsleer. Concluderende kan daarom worden gesteld dat gezien het feit dat het ab-voorbehoud in het vermogenswinstartikel zich niet verzet tegen de uit de nationale recht voortvloeiende vorm van compartimentering (in de vorm van een emigratieheffing en de daarbij behorende conserverende aanslag), de mogelijkheid bestaat onder het vermogenswinstartikel te compartimenteren. Een dergelijke compartimentering vloeit echter niet voort uit het vermogenswinstartikel maar uit de Nationale wetgeving. Het ab-voorbehoud kent immers slechts

¹⁹⁵ HR 20 februari 2009, nr. 42 701, BNB 2009/260, r.o. 4.3.2.

¹⁹⁶ OESO-commentaar 2010, artikel 13, paragraaf 2 t/m 9.

¹⁹⁷ P. Kavelaars, *Conserverende aanslag en verdragen (1)*, NTFRB 2009/28.

een heffingsbevoegdheid toe aan de bronstaat, en spreekt zich niet uit over een toerekening van de winst naar de periode waaruit deze daadwerkelijk is ontstaan.

4.5 Conclusie

Met betrekking tot de aandeelhouderssfeer is er een onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin een rechtspersoon aandeelhouder is en de situatie waarin een natuurlijke persoon aandeelhouder is. Dit onderscheid is voor wat betreft de nationale wetgeving van belang omdat beiden onder verschillende regimes vallen. Voor rechtspersonen geldt het regime van de Wet VPB 1969 en voor natuurlijke personen het regime van de Wet IB 2001. Ook is er een onderscheid gemaakt tussen twee typen inkomsten die voortvloeien uit aandelen, namelijk vermogensresultaten en dividenden. Dit onderscheid is voornamelijk van belang bij verdragstoepassing, omdat de twee typen inkomsten onder twee verschillende verdragsbepalingen vallen. Centraal staat de vraag *'Is verdragscompartimentering mogelijk ten aanzien van de aandeelhouderssfeer?'*.

Om deze vraag te beantwoorden is stil gestaan bij de vraag welk moment beslissend is voor de toetsing aan het dividendartikel en het vermogenswinstartikel in verdragen. Onder het dividendartikel (artikel 10 OMV) kan in lijn met de literatuur en jurisprudentie, worden geconcludeerd dat voor wat betreft de wijze van formulering van artikel 10 OMV de omstandigheden ten tijde van de daadwerkelijke betaling doorslaggevend zijn. Dit betekent dat de formulering van het dividendartikel geen ruimte kent voor de toepassing van verdragscompartimentering.

Het vermogenswinstartikel (artikel 13 OMV) heeft als uitgangspunt dat de heffingsbevoegdheid ter zake van vermogensresultaten uit aandelen exclusief toekomt aan de woonstaat, waarbij de omstandigheden ten tijde van de daadwerkelijke vervreemding beslissend worden geacht. Ook deze formulering kent derhalve geen ruimte voor de toepassing van verdragscompartimentering. Nederland past in de door haar gesloten verdragen echter een voorbehoud toe in ab-situaties. Dit ab-voorbehoud maakt het mogelijk dat ook de bronstaat heffingsbevoegd is binnen een vastgestelde periode na emigratie uit die staat. Uit het ab-voorbehoud volgt echter slechts dat het vermogenswinstartikel zich niet verzet tegen de uit het nationale recht voorvloeiende vorm van compartimentering (in de vorm van een emigratieheffing en de daarbij behorende conserverende aanslag). Een dergelijke compartimentering vloeit daar niet voort uit het vermogenswinstartikel maar uit de nationale wetgeving. Het ab-voorbehoud kent immers slechts

een heffingsbevoegdheid toe aan de bronstaat, en spreekt zich niet uit over een toerekening van de winst naar de periode waarin deze daadwerkelijk is ontstaan.

Zowel het op het OMV gebaseerde dividendartikel als het vermogenswinstartikel achten de omstandigheden ten tijde van feitelijke realisatie beslissend voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Er wordt derhalve niet gekeken naar de ontstaansgrond van het resultaat. Dit betekent dat onder deze bepalingen geen temporele compartimentering wordt voorgeschreven in verdragssituaties.

5. Compartimentering bij arbeidsinkomen en pensioenen onder verdragen

5.1 Inleiding

Zoals in hoofdstuk 1 is opgemerkt is de vraag naar compartimentering in principe niet aan de orde bij lopende inkomsten, omdat het in elk jaar waarin inkomsten opkomen in principe helder is wat het genietingstijdstip is en welk van de verdragsluitende staten volgens het verdrag op dat tijdstip heffingsbevoegd is. Compartimentering kan de facto dus alleen betrekking hebben op vermogensmutaties. Er zijn echter situaties te bedenken waarbij het genietingstijdstip bij lopende inkomsten niet geheel duidelijk is en dus de vraag naar compartimentering alsnog een rol kan spelen. Dit is het geval bij niet-zelfstandige arbeid onder het arbeidsartikel van belastingverdragen. De vraag naar compartimentering onder het arbeidsartikel kan namelijk opkomen indien een inwoner zijn woonplaats van de ene verdragsluitende staat verlegt naar de andere verdragsstaat (sfeerovergang) en vervolgens een vergoeding geniet die betrekking heeft op een vóór emigratie in de eerste verdragsstaat uitgeoefende dienstbetrekking. De vraag is in dat geval of men de vergoeding mag compartimenteren naar een periode vóór en ná sfeerovergang. Ook kan de vraag naar regelcompartimentering zich voordoen onder het pensioenartikel van belastingverdragen. Bij pensioenen gaat het om de fiscale claim over het uit te keren pensioen. De vraag naar compartimentering bij pensioenen kan aan de orde komen in geval van sfeerovergangen die worden ingegeven door een verschuiving van de woonplaats van de pensioengerechtigde van de ene verdragsstaat naar de andere. Het is in een dergelijke situatie vervolgens de vraag wie heffingsbevoegd is over het pensioen: is dit de staat waar het pensioen is opgebouwd of is dit de woonstaat ten tijde van de uitbetaling van het pensioen. Centraal in dit hoofdstuk staat derhalve de volgende vraag: *'Is verdragscompartimentering mogelijk bij arbeidsinkomen en pensioenen?'*. Allereerst wordt hierna ingegaan op feitencompartimentering en niet-zelfstandige arbeidsinkomen en vervolgens op feitencompartimentering en pensioenen.

5.2 Niet-zelfstandige arbeid

5.2.1 Niet-zelfstandige arbeid en het OMV

Artikel 15 OMV bepaalt de verdeling van de heffingsbevoegdheid ten opzichte van de niet zelfstandige arbeid. Dit artikel bepaalt dat salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen verkregen door een inwoner van een van de staten ter zake van een dienstbetrekking slechts in die staat belastbaar zijn, tenzij de dienstbetrekking in de andere staat wordt uitgeoefend. In het tweede geval mag de 'ter zake daarvan' verkregen beloning in die andere staat worden belast.

De sfeerovergang waarbij het compartimenteringsvraagstuk een rol speelt bij deze bepaling is de situatie waarin de belastingplichtige zijn woonstaat van de ene verdragsstaat naar de andere verdragsstaat verlegt. Indien in een dergelijke grensoverschrijdende situatie inkomsten uit arbeid worden ontvangen in een ander tijdvak (na sfeerovergang) dan waarin zij zijn opgekomen (voor sfeerovergang) is het de vraag welk van de verdragsluitende staten heffingsbevoegd is over die inkomsten. Opgemerkt zij dat er verschillende soorten inkomsten kunnen voortvloeien uit arbeid. Aan de ene kant kent men namelijk reguliere inkomsten uit arbeid (bijvoorbeeld lonen), vergoedingen die een langere periode betreffen of nabetalingen en aan de andere kant kan men denken aan vermogenswinsten- of verliezen. Vermogenswinsten- of verliezen kunnen een rol spelen bij toekenning van werknemersopties. Voor wat betreft werknemersopties passen staten namelijk verschillende verdragsbepalingen toe, bijvoorbeeld inkomen uit dienstbetrekking (artikel 15 OMV) versus vermogenswinsten (artikel 13 OMV).¹⁹⁸ Volgens het OESO-commentaar moet het moment waarop een optie wordt uitgeoefend, verkocht of op een andere wijze wordt vervreemd worden beschouwd als de scheidslijn tussen classificatie onder artikel 15 of artikel 13 OMV. Optievoordelen die hun oorsprong vinden in werkzaamheden die zijn verricht in de periode tussen de toekenning en de uitoefening of vervreemding van de desbetreffende opties vallen onder artikel 15 OMV, zodra de opties worden uitgeoefend of vervreemd vindt er een sfeerovergang plaats en worden de voordelen die nadien worden verworven uit de met de opties verkregen aandelen, geacht te zijn behaald uit de hoedanigheid van aandeelhouder en vallen derhalve onder artikel 13 OMV.¹⁹⁹ In dit hoofdstuk wordt in het vervolg slechts ingegaan op inkomen uit dienstbetrekking die onder het niet-zelfstandige arbeidsartikel vallen (artikel 15 OMV). Voor wat betreft de uitwerking bij inkomsten die worden aangemerkt als vermogenswinsten- en verliezen verwijs ik naar hoofdstuk 3 waar het vervreemdingswinstartikel (artikel 13 OMV) is behandeld.

Om de vraag naar compartimentering te beantwoorden is het noodzakelijk stil te staan bij welk moment relevant is voor de toetsing aan artikel 15 OMV. Het OESO-commentaar bij artikel 15 OMV biedt geen antwoord op de vraag hoe een beloning temporeel aan de uitoefening van werkzaamheden moet worden toegerekend. Zoals in hoofdstuk 3 is opgemerkt ten aanzien van feitencompartimentering, kan er gecompartmenteerd worden indien de verdragsbepaling compartimentering voorschrijft door gebruik van causaliteit uitdrukken termen²⁰⁰. De in artikel

¹⁹⁸ F.P.G. Pötgens en M. Jakobsen, *Het OESO-commentaar betreffende werknemersopties: hinken op twee gedachten!*, WFR 2008/1391.

¹⁹⁹ Paragraaf 12.2-12.5 van het commentaar op artikel 15 OMV.

²⁰⁰ H. Pijl, *Compartimentering bij verdragen (BNB 2002/402)*, WFR 2003/359.

15 OMV voorkomende term 'ter zake daarvan' kan worden aangemerkt als een dergelijk causaliteit uitdrukkende term. Aan de hand van bestaande jurisprudentie wordt hierna gekeken of er enige aanknopingspunten bestaan tussen artikel 15 OMV en compartimentering.

5.2.2 Jurisprudentie en compartimentering

In BNB 1987/79²⁰¹ was er sprake van een situatie waarbij inkomsten werden ontvangen in een ander tijdvak/regime dan waarin zij waren opgekomen. Belanghebbende ontving in 1977, toen hij werkzaam was bij een concernmaatschappij in België, van de moedermaatschappij gevestigd in de Verenigde Staten een bijzondere beloning toegekend in de vorm van zogenaamde units. De toekenning van een dergelijke unit betekent dat de werknemer vijf jaar na de toekenning een bedrag ontvangt dat afhankelijk is van het dividend dat gedurende die vijf jaar wordt uitgekeerd en van een eventueel koersverschil. Het recht op de uitkering is voorwaardelijk. Echter indien de werknemer binnen de vijfjaarstermijn vrijwillig ontslag neemt verliest hij alle rechten op een uitkering. Ter zake van dit recht is aan belanghebbende in 1982 door de moedermaatschappij een bedrag uitgekeerd, ondertussen was belanghebbende sinds 1978 werkzaam bij een concernmaatschappij in Nederland. In geschil was of de heffingsbevoegdheid over de dit bedrag toekwam aan België of aan Nederland. Het gerechtshof (hierna: het Hof) Amsterdam oordeelt als volgt²⁰²:

“In wezen heeft de uitbetaling van de omstreden geldsom uitsluitend of in overwegende mate het karakter van een premie wegens de voortzetting van de dienstbetrekking bij een maatschappij behorende tot het concern van C-Inc. Dat de werkgever door de toekenning van het voorwaardelijke recht in 1977, dat niet als een zelfstandig vermogensrecht kan worden aangemerkt, mogelijk ook de prestaties en kwaliteiten van belanghebbende in dat jaar heeft willen waarderen is daar geenszins mee in strijd.

De betaling van het bedrag van f 11 081,38 in 1982 kan niet anders worden aangemerkt dan als de betaling van loon in geld. Dit loon is in 1982 genoten uit een in Nederland vervulde dienstbetrekking. Nu belanghebbende in dat jaar ook in Nederland woonde kan ter zake van deze betaling het Verdrag ter vermijding van dubbele belasting met België niet aan de orde komen.”

Mijns inziens is een tegenstrijdigheid te vinden in het oordeel van het Hof. Het Hof merkt namelijk op dat de beloning uitsluitend of in overwegende mate betrekking heeft op de

²⁰¹ Hof Amsterdam, 23 oktober 1985, nr. 1568/84, BNB 1987/79.

²⁰² Hof Amsterdam, 23 oktober 1985, nr. 1568/84, BNB 1987/79.

voortzetting van de dienstbetrekking, deze voortzetting ziet op de vijf jaren volgend op de toekenning van het voorwaardelijke recht in 1977. Vervolgens concludeert het Hof dat slechts de omstandigheden in het jaar van betaling relevant zijn, waardoor het Hof geen rekening houdt met het causale verband tussen de betaling en eerdere jaren. Onder verwijzing naar dit arrest heeft de staatssecretaris in zijn mededeling van 19 augustus 1994²⁰³ ten aanzien van aan werknemers toegekende aandelenopties in grensoverschrijdende situaties kenbaar gemaakt dat het moment van belastingheffing afhankelijk is van de vraag of er al dan niet sprake is van een voorwaardelijke toekenning. Wanneer er sprake is van een voorwaardelijke toekenning van aandelenopties, wordt het voordeel in zijn geheel in de belastingheffing betrokken op het moment van intreden van de voorwaarde. Derhalve vindt er geen gedeeltelijke toerekening plaats van het voordeel aan landen waar de werknemer gedurende de periode dat het recht nog voorwaardelijk was, werkzaam is geweest. Dit standpunt van de staatssecretaris, dat een (tijds)evenredige verdeling van de heffingsbevoegdheid niet mogelijk is voor wat betreft voorwaardelijk toegekende opties, werd in 2000 echter verlaten. In de memorie van toelichting is in een wetswijziging betreffende de loonbelasting namelijk het volgende opgemerkt:

"In internationale verhoudingen is voor de bepaling van een eventueel heffingsrecht allereerst van belang voor welke werkzaamheden de aandelenoptierechten zijn toegekend; houdt de toekenning verband met werkzaamheden die in het verleden zijn verricht of ziet de toekenning op een toekomstige periode. Vervolgens is van belang of voor de periode waarop de aandelenoptierechten betrekking hebben, met inachtneming van de belastingverdragen, daarover een Nederlands heffingsrecht bestaat of bestond. Indien voor een gedeelte van het jaar of de periode waarover het aandelenoptierecht een beloning vormt een Nederlands heffingsrecht bestaat, dient tijdsevenredige toedeling van de bate plaats te vinden. Bij de vaststelling van het hiervoor bedoelde Nederlandse heffingsrecht is het genietingstijdstip noch de keuzemogelijkheid op grond van art. 10a, eerste lid, Wet LB van belang."²⁰⁴

Deze tijdevenredige verdeling van de heffingsbevoegdheid is nader uiteengezet in het besluit van 11 februari 2002.²⁰⁵ Ten aanzien van voordelen uit onvoorwaardelijk toegekende aandelenoptierechten is hierin opgemerkt dat deze worden toegerekend aan reeds verrichte werkzaamheden, dit ongeacht of de werknemer de aandelenoptierechten geheel of gedeeltelijk pas in een later jaar of in latere jaren kan uitoefenen. Dit uitgangspunt wordt ingegeven door het

²⁰³ Mededeling van 19 augustus 1994, nr. IFZ94/705.2, V-N 1994/2812.

²⁰⁴ Kamerstukken II 1999/2000, 26 941, nr. 3, p. 2.

²⁰⁵ Besluit van 11 februari 2002, nr. IFZ2002/40, V-N 2002/14.14.

feit dat dat de toekenning van onvoorwaardelijke aandelenoptierechten in het algemeen niet gerelateerd is aan na de toekenning verrichte of te verrichten werkzaamheden. In het algemeen worden dergelijke aandelenoptierechten toegekend naar aanleiding van de wijze waarop de werknemer in een bepaalde periode voorafgaande aan de toekenning ervan heeft gefunctioneerd dan wel naar aanleiding van het bedrijfsresultaat dat in die bepaalde periode is behaald. Het belastbare voordeel verkregen uit of behaald met onvoorwaardelijk toegekende aandelenoptierechten vormt in feite dus een (nagekomen) bate uit de dienstbetrekking die gedurende deze voorafgaande periode is uitgeoefend. Het besluit van 11 februari 2002 bepaalt dat in grensoverschrijdende situaties voor wat betreft de heffingsbevoegdheid over het voordeel verkregen uit dergelijke opties, gekeken moet worden naar de voorgaande periode. Voor wat betreft voorwaardelijk toegekende aandelenoptierechten merkt het besluit van 11 februari 2002 op dat als uitgangspunt geldt dat het belastbare voordeel dat een werknemer verkrijgt uit of behaalt met voorwaardelijk toegekende aandelenoptierechten wordt toegerekend aan de gehele periode van voorwaardelijkheid van de aandelenoptierechten. De achtergrond hiervan is dat het voordeel uit voorwaardelijk toegekende aandelenoptierechten in het algemeen is gerelateerd aan de te verrichten werkzaamheden na de toekenning, aangezien dergelijke aandelenoptierechten in het algemeen worden toegekend met het oogmerk een werknemer gedurende een periode van voorwaardelijkheid aan de onderneming te binden. In grensoverschrijdende situaties dient de heffingsbevoegdheid over dergelijke voordelen derhalve gedurende de periode van voorwaardelijkheid te worden beoordeeld. Optievoordelen worden in grensoverschrijdende situaties derhalve, indien de opties daarmee een causaal verband hebben, toegerekend aan de werkzaamheden die in verschillende landen zijn verricht of nog moeten worden verricht. Nederland heeft dus slechts heffingsbevoegdheid over het voordeel voor zover dit voordeel toerekenbaar is aan de door de werknemer in Nederland in dienstbetrekking verrichte of nog te verrichten werkzaamheden ongeacht het belastbare moment. Dit betekent dat er ruimte bestaat voor een (tijds)evenredige verdeling van de heffingsbevoegdheid over dergelijk voordeel.

Nederland maakt in haar standpunt over de fiscale behandeling van aandelenoptieregelingen in grensoverschrijdende situaties een onderscheid tussen voorwaardelijk en onvoorwaardelijk toegekende aandelenoptierechten. Hiermee heeft men beoogd meer aan te sluiten bij de allocatiegedachte welke onder internationale verdragen geldt. Voor wat betreft aandelenopties merkt het OESO-commentaar bij artikel 15 OMV op dat hiervoor dezelfde uitgangspunt geldt als voor regulier loon. De staat waar de werkzaamheden zijn verricht waar de opties een beloning

voor vormen is daarover heffingsbevoegd, ongeacht of op moment van uitoefening de werknemer nog in de desbetreffende staat werkzaam is. Volgens het OESO-commentaar bij artikel 15 OMV dienen optievoordelen aan werkzaamheden te worden toegekend aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval, inclusief de contractuele bepalingen waaraan het optierecht onderhevig is.²⁰⁶ Hierbij onderscheidt het commentaar een aantal hoofdregels. Indien aandelenoptierechten betrekking hebben op een periode die vereist is voor de uitoefening van het optierecht, geldt de hoofdregel dat dergelijke opties niet mogen worden toegerekend aan werkzaamheden die zijn verricht ná voltooiing van die periode.²⁰⁷ Volgens het commentaar dient er bij deze hoofdregel echter een onderscheid te worden gemaakt tussen de voltooiing van een periode van werkzaamheden die benodigd is alvorens het optierecht uitoefenbaar wordt (vesting) en een periode die beoogt het uitoefenbaar worden van de opties te vertragen (een blokkeringstermijn).²⁰⁸ Bij dit tweede geval moet men denken aan bijvoorbeeld een toegekende optie die na verloop van een bepaalde tijd pas uitoefenbaar wordt, zonder dat er enige andere voorwaarden aan kleven. In dit geval kan de optie niet worden toegerekend aan de werkzaamheden die de werknemer in de betreffende periode uitoefent, de optie is immers ook uitoefenbaar indien de werknemer vlak na de toekenning geen werkzaamheden meer verricht. De tweede hoofdregel ziet op aandelenoptierechten die worden toegekend naar aanleiding van werkzaamheden die kunnen worden toegerekend aan een periode vóór de toekenning van de opties.²⁰⁹ Deze opties zijn volgens het commentaar derhalve toerekenbaar aan de voorafgaande periode. De derde hoofdregel ziet op situaties waarbij factoren bestaan die zowel wijzen in de richting van een beloning voor in het verleden verrichte werkzaamheden als in de richting van in de toekomst te verrichten werkzaamheden.²¹⁰ In dit geval geldt dat opties gezien moeten worden als een beloning voor in de toekomst te verrichten werkzaamheden. Aangezien uitgestelde beloningen veelal bedoeld zijn om werkgevers te binden lijkt het mij dan ook een juiste oplossing dergelijke opties toe te rekenen aan toekomstige werkzaamheden. Voor opties die verband houden met werkzaamheden die in meer staten zijn verricht geeft het OESO-commentaar aan dat de optievoordelen moeten worden gealloceerd aan de hand van het aantal dagen dat in de

²⁰⁶ OESO-commentaar 2010, artikel 15, paragraaf 12.6.

²⁰⁷ OESO-commentaar 2010, artikel 15, paragraaf 12.7.

²⁰⁸ OESO-commentaar 2010, artikel 15, paragraaf 12.8.

²⁰⁹ OESO-commentaar 2010, artikel 15, paragraaf 12.11.

²¹⁰ OESO-commentaar 2010, artikel 15, paragraaf 12.13.

desbetreffende staat is gewerkt ten opzicht van het totaal aantal werkdagen waarop de optie wordt geacht betrekking te hebben.²¹¹

Zoals in hoofdstuk 3 is opgemerkt kan er gecompartmenteerd worden indien de verdragsbepaling compartimentering voorschrijft door gebruik van causaliteit uitdrukkelijke termen²¹². De in artikel 15 OMV ‘ter zake daarvan’ kan worden aangemerkt als een dergelijk causaliteit uitdrukkelijke term. Voor de betekenis van deze term kan worden gewezen op BNB 2001/353.²¹³ In dit arrest kreeg belanghebbende een aanvullende overeenkomst bij een in Nederland gevestigde voetbalvereniging waar belanghebbende reeds in dienst was. In de aanvullende overeenkomst was overeen gekomen dat belanghebbende van 1 juli 1981 tot 1 juli 2001 een passende functie in dienstbetrekking bij de vereniging zou vervullen tegen een salaris van f 60 000 per jaar. Omdat op 1 juli 1981 geen passende functie kon worden geboden aan belanghebbende werd aan belanghebbende in 1980 een stamrecht toegekend wegens ‘te derven arbeidsinkomsten’. Ten tijde van de afkoop van de stamrechtverplichting in 1987 was belastingplichtige inwoner van Frankrijk. In geschil was in welk land de dienstbetrekking in de zin van artikel 15, lid 1, van het desbetreffend verdrag wordt uitgeoefend indien er sprake is van een beëindigde dienstbetrekking. De Hoge Raad oordeelt als volgt²¹⁴:

“3.7. (...) Bij de beantwoording van de vraag in welk land de dienstbetrekking in de zin van artikel 15, lid 1, van het Verdrag wordt uitgeoefend, gaat het in het geval van een beëindigde dienst betrekking niet erom in welk land de in de vergoeding begrepen inkomsten door uitoefening van werkzaamheden bij voortzetting van de dienstbetrekking zouden zijn verdiend, maar in welk land de beëindigde dienstbetrekking feitelijk werd uitgeoefend. In het onderhavige geval, waarin het niet is gekomen tot een feitelijke uitoefening van werkzaamheden ingevolge de aanvullende arbeidsovereenkomst doordat de vereniging belanghebbende op 1 juli 1981 geen passende functie kon bieden, moet worden uitgegaan van de plaats waar volgens de arbeidsovereenkomst of naar de voorstelling van partijen de dienstbetrekking feitelijk zou worden uitgeoefend. Naar het - in cassatie niet bestreden - oordeel van het Hof was dat Nederland.”

De onderhavige afkoopsom en het daaraan ontleende afgekochte stamrecht vonden hun basis in de feitelijk niet-aangevangen dienstbetrekking. In casu kwam de heffingsbevoegdheid ten

²¹¹ OESO-commentaar 2010, artikel 15, paragraaf 12.14.

²¹² H. Pijl, *Compartimentering bij verdragen (BNB 2002/402)*, WFR 2003/359.

²¹³ HR 10 augustus 2001, nr. 35 761, BNB 2001/353 met conclusie A-G Van den Berg en noot P. Kavelaars.

²¹⁴ HR 10 augustus 2001, nr. 35 761, BNB 2001/353, r.o. 3.7.

aanzien van de afkoopsom toe aan de staat waar de beëindigde dienstbetrekking feitelijk zou worden uitgeoefend, derhalve Nederland. Net als bij BNB 1976/110 onder het ondernemingswinstartikel zien we ook hier dat op het moment van de ontvangst van de inkomsten het irrelevant is of de bron nog bestaat, zolang het causale verband maar voldoende vast staat. Het beslissende moment is dus het moment waarop de oorzaak van de betaling plaatsvindt en niet het moment waarop de betaling wordt ontvangen.

Het compartimenteringsvraagstuk kan ook aan de orde komen bij ontslagvergoedingen in geval van internationale uitzendingen. Indien aan een werknemer een ontslagvergoeding wordt toegekend na een aantal verschillende uitzendingen is het de vraag welk land heffingsbevoegd is over de ontslagvergoeding. In dit verband verwijs ik naar BNB 2004/345²¹⁵, waarin belanghebbende tot 1 augustus 1998 in dienst was van een Nederlands bank. Belanghebbende woonde en werkte tot 1 maart 1996 in Nederland, per 1 maart 1996 werkte hij vervolgens in Engeland waar hij vanaf die datum ook woonde. Per 1 augustus 1998 werd zijn dienstbetrekking ontbonden waarvoor hij een ontslagvergoeding ontving; hij keerde vervolgens terug naar Nederland. In geschil was welk staat heffingsbevoegd was over de ontslagvergoeding. In dit arrest is beslist dat de heffingsbevoegdheid over de ontslagvergoeding moet worden toegerekend aan de landen waar de dienstbetrekking is uitgeoefend. Men kan op praktische problemen stuiten indien een werknemer zijn dienstbetrekking in verschillende landen, gedurende een relatief lange periode heeft uitgeoefend. Om deze praktische problemen te ondervangen gaat de Hoge Raad bij de toerekening van ontslagvergoedingen uit van een beperkte referentieperiode, namelijk het ontslagjaar en de voorafgaande vier kalenderjaren. Gekeken moet worden naar de totale arbeidsbeloning binnen deze referentieperiode en naar de landen die in deze periode het heffingsrecht hebben gehad over de arbeidsbeloning. De per land te bepalen breuk wordt vervolgens toegepast op de ontslagvergoeding.²¹⁶ Als additionele voorwaarde voor het vereiste van causaliteit geldt echter wel dat het desbetreffende gedeelte van de vergoeding ook daadwerkelijk ten laste komt van een in het desbetreffende land wonende werkgever of van een vi die de werkgever in dat land aanhoudt.²¹⁷ Mijns inziens is dit een opmerkelijke voorwaarde te noemen omdat hiermee de belastingheffing van de werknemer afhankelijk wordt van hetgeen de werkgever in de winstsfeer doet, volgens het Nederlands nationale recht zou dit namelijk ook geen rol mogen spelen. Ook is hiervoor geen aanknopingspunt te vinden in artikel 15 OMV, deze stelt immers niet dat de heffingsbevoegdheid

²¹⁵ HR 11 juni 2004, nr. 38 112, BNB 2004/345 met conclusie A-G Wattel en noot Prokisch.

²¹⁶ HR 11 juni 2004, nr. 38 112, BNB 2004/345 met conclusie A-G Wattel en noot Prokisch, r.o. 3.4.8.

²¹⁷ Cursus Belastingrecht, IBR.3.4.5.B.a Algemeen.

over het inkomen afhankelijk is van het land waar de kosten zijn neergeslagen. Derhalve sluit ik mij aan bij Prokisch en Kavelaars dat de doorbelasting geen rol mag spelen en dat noch het OMV daar enkele aanleiding toe biedt, tenzij er sprake is van een afkoopsom voor zover deze is toe te rekenen aan arbeid waar de detacheringsbepaling van toepassing is geweest.²¹⁸

5.2.3 Resumé

Artikel 15 OMV bepaalt in de eerste volzin dat als hoofdregel geldt dat de woonplaats ten tijde van het genieten van de beloning beslissend is. Echter kent artikel 15 OMV een uitzondering op de hoofdregel waardoor voor de toerekening van de voor- en nadelen uit arbeid het historische verband beslissend. Dit verband wordt in artikel 15 OMV aangewezen door de causaliteit uitdrukkelijke term ‘ter zake daarvan’. In andere woorden betekent dit dat onder artikel 15 OMV het moment waarop de oorzaak van de betaling zich voordoet, als beslissend wordt geacht. Door de mogelijkheid van een dergelijke temporele toerekening kan geconcludeerd worden dat artikel 15 OMV ruimte kent voor compartimentering.

5.3 Pensioenen

5.3.1 Pensioenen en nationale wetgeving

De vraag naar compartimentering bij pensioenen komt aan de orde in geval van sfeerovergangen die worden ingegeven door een verschuiving van de woonplaats van de pensioengerechtigde van de ene verdragsstaat naar de andere, of door een verandering van de status van de bron waaruit het pensioen afkomstig is. Bij een verandering van de status van de bron verandert immer de kwalificatie van de bron. Ook kan het compartimenteringsvraagstuk een rol spelen bij pensioenoverdracht van de ene naar de andere staat. Alvorens in te gaan op dergelijke situaties van sfeerovergang en de bepalingen van het OMV daaromtrent, wordt eerst stil gestaan bij de nationale wetgeving omtrent pensioenen en situaties van emigratie of immigratie van de pensioengerechtigde.

Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is geweest kent Nederland de zogeheten omkeerregel. De omkeerregeling vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 11, lid 1, onderdeel c, Wet LB 1964 in samenhang met artikel 11, lid 1, onderdeel j, Wet LB 1964. Deze bepaling vormt een uitzondering op de hoofdregel van artikel 10 Wet LB 1964, dat zegt dat al hetgeen uit een dienstbetrekking genoten wordt als loon in de heffing moet worden betrokken. Deze uitwerking wordt in Nederland echter onwenselijk geacht omdat men belasting zou moeten betalen over

²¹⁸ Zie noot Prokisch bij HR 11 juni 2004, nr. 37 714, BNB 2004/344 en noot Kavelaars bij HR 19 november 2004, nr. 39470, BNB 2005/57.

een aanspraak die in de toekomst pas tot uitkering komt.²¹⁹ De omkeerregeling zorgt er daarom voor dat belastingheffing plaats vindt op het moment dat de pensioengerechtigde daadwerkelijk de pensioenuitkeringen ontvangt. Zoals reeds opgemerkt speelt de vraag naar compartimentering onder andere af in situaties van emigratie of immigratie. Indien een pensioengerechtigde emigreert maar tijdens de opbouwfase van het pensioen in Nederland gebruik heeft gemaakt van de omkeerregel, wenst Nederland het heffingsrecht over het pensioen te behouden voor zover dat pensioen in Nederland gefaciliteerd is opgebouwd. Artikel 3.83 Wet IB 2001 bepaalt dat bij emigratie de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraken als loon in aanmerking moet worden genomen. Het fictief genietingsmoment is conform artikel 3.146, lid 3 Wet IB 2001, het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan de emigratie. Ter zake hiervan wordt een conserverende aanslag opgelegd conform artikel 2.8, lid 2 Wet IB 2001, waarbij er uitstel van betaling mogelijk is voor een periode van tien jaar.²²⁰ Indien vervolgens binnen een periode van tien jaar geen besmette handeling plaatsvindt, wordt de conserverende aanslag op basis van artikel 26, lid 2, IW 1990, kwijtgescholden. Middels de conserverende aanslag wordt de meerwaarde die besloten ligt in de pensioenverplichtingen als het ware gecompartmenteerd waardoor Nederland zijn fiscale claim behoudt over de waardeaan groei die toe te rekenen is aan de periode vóór emigratie.

Bij situaties van immigratie ontstaat op basis van artikel 2.1, Wet IB 2001, binnenlandse belastingplicht. Binnenlands belastingplichtigen worden geacht in Nederland belastingplichtig te zijn over hun gehele wereldinkomen. Dit betekent dat bij immigratie, Nederland de volledige fiscale claim verkrijgt over het wereldinkomen van de belastingplichtige. Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is geweest wordt het begrip loon op basis van artikel 3.82 Wet IB 2001 uitgebreid ten opzichte van hetgeen als loon voor de Wet LB 1964 wordt aangemerkt. Deze uitbreiding betreft onder andere onder b, uitkeringen op grond van een pensioenregeling als bedoeld in artikel 1.7, lid 2, onderdeel c Wet IB 2001 van een andere mogendheid en onder c, uitkeringen op grond van een pensioenregeling van een internationale organisatie. Hier wordt echter een voorbehoud gemaakt. Voor zover namelijk aannemelijk is dat over de pensioenaanspraken een heffing naar het inkomen heeft plaatsgevonden die naar aard en strekking overeenkomt met de loonbelasting of inkomstenbelasting zal de uitbreiding conform artikel 3.82 Wet IB 2001 van het begrip loon niet opgaan. Men kan dit aanmerken als een vorm van compartimentering.

²¹⁹ A.H.H. Bollen-Vandenboorn e.a. , *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014 (vijfde druk), p. 169.

²²⁰ Artikel 25, lid 5, IW 1990.

Volgens de nationale wetgeving zijn er derhalve twee aangrijpingspunten te vinden voor wat betreft compartimentering. Het eerste aangrijpingspunt zien we bij situaties van emigratie. Door middel van de conserverende aanslag compartimenteert men als het ware de meerwaarde die besloten ligt in de pensioenverplichting vlak voor emigratie. Het tweede aangrijpingspunt is te vinden bij situaties van immigratie waarbij door het voorbehoud in artikel 3.82 Wet IB 2001, pensioenuitkeringen in Nederland onbelast blijven voor zover er ingevolge het buitenlandse stelsel een heffing heeft plaatsgevonden naar het inkomen die naar aard en strekking overeenkomt met de Nederlandse loonbelasting of de inkomstenbelasting.

5.3.2 Conserverende aanslag

De vraag bij emigratie is echter of, en in welke mate, Nederland de genoemde claim bij emigratie daadwerkelijk kan effectueren in die situaties dat tevens een belastingverdrag van toepassing is. In dit verband is de Hoge Raad in een drietal arresten op 19 juni 2009²²¹ ingegaan op de relatie tussen de conserverende aanslag bij pensioenen en het pensioenartikel in belastingverdragen die de heffingsbevoegdheid exclusief toewijst aan de woonstaat. In deze arresten speelde de situatie dat de pensioengerechtigde vanuit Nederland emigreerde (in de drie arresten waren dat Frankrijk, Korea en de Filipijnen). Bij deze emigratie werd er een conserverende aanslag opgelegd conform artikel 3.83, lid 1, wet IB 2001 jo. Artikel 3.146, lid 3 Wet IB 2001. De Hoge Raad stelt dat de omstandigheid dat het opgebouwde pensioen op grond van artikel 3.83, lid 1 Wet IB 2001 wordt geacht als loon te zijn genoten op een tijdstip waarop de belastingplichtige nog ingezetene van Nederland is, als gevolg van artikel 3.146, lid 3 Wet IB 2001, meebrengt dat de werknemer ter zake daarvan geen beroep kan doen op rechten die op grond van een belastingverdrag toekomen aan inwoners van het land waarnaar de woonplaats wordt verlegd. Er is immers nog geen sprake van het zijn van inwoner van de andere staat en gaat het dus om een volstrekt binnenlandse situatie waardoor het belastingverdrag niet aan de orde komt. Dit kan volgens de Hoge Raad echter anders liggen indien bij emigratie een voordeel wordt belast waarvan de heffingsbevoegdheid volgens het betreffende belastingverdrag bij de immigratiestaat ligt.²²² In een dergelijke situatie kan het betekenen dat door opeenvolgende woonstaten over deels hetzelfde belastingobject belasting wordt geheven. Dit is een vorm van 'multiple residence taxation'. Hoewel belastingverdragen slechts zien op juridisch dubbele belastingheffing is een dergelijk emigratieheffing niet in overeenstemming met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing van belastingverdragen. Een staat

²²¹ HR 19 juni 2009, nr. 43978, BNB 2009/263, met conclusie Wattel en noot Burgers; HR 19 juni, nr. 07/13267, BNB 2009/265 met noot Burgers en HR 19 juni 2009/266, nr. 08/02 288 met noot Burgers.

²²² HR 19 juni 2009, nr. 43978, BNB 2009/263, r.o. 3.3.2.

mag immers conform de goede verdragstrouw door middel van nationale wetgeving geen heffingsbevoegdheid naar zich toetrekken, indien zulks wetgeving ten tijde van de inwerkingtreding van het verdrag niet bekend was.²²³ Hierbij is het derhalve van belang op te merken dat de bepaling van artikel 3.83, lid 1, Wet IB 2001 in werking is getreden per 1 januari 2001 en de desbetreffende verdragen in genoemde drie arresten van een eerdere datum waren.

De toewijzingsbepalingen van de belastingverdragen die in de 19 juni-arresten aan de orden waren, zijn conform het OMV. Voor wat betreft pensioenen kan er daarom gewezen worden op twee toewijzingsregels. Enerzijds is de toekenning van een pensioenaanspraak een beloning ter zake van een dienstbetrekking als bedoeld in het arbeidsartikel (artikel 15 OMV). Zoals we bij de behandeling van artikel 15 OMV hebben gezien betekent dit dat in verdragssituaties de heffingsbevoegdheid over de waarde van de aanspraak, indien en voor zover zij relateert aan de dienstbetrekking die in Nederland wordt uitgeoefend, toekomt aan Nederland. Vanwege de in Nederland geldende omkeerregeling stelt Nederland deze bate echter onvoorwaardelijk vrij van belastingheffing indien het gaat om een pensioenregeling in de zin van de Wet LB 1964. Anderzijds vallen de inkomsten die naderhand voortvloeien uit de toegekende pensioenaanspraak, uitsluitend onder het pensioenartikel (artikel 18 OMV), die de heffingsbevoegdheid in beginsel toewijst aan de woonstaat.²²⁴ Dit in acht nemend overweegt de Hoge Raad dat de emigratieheffing van artikel 3.83, lid 1 Wet IB 2001 jo. artikel 3.146, lid 3 Wet IB 2001, niet voorziet in het alsnog in de heffing betrekken van de indertijd vrijgestelde aanspraak, maar de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenrechten op basis van een fictie belast. Aangezien de pensioenaanspraak alleen bij de verkrijging ervan onder artikel 15 OMV valt, overweegt de Hoge Raad dat de fictie niet bewerkstelligt dat de belastingheffing wegens na die toekenning optredende gebeurtenissen aan de werking van artikel 18 OMV wordt onttrokken.²²⁵ Zonder de genoemde fictie heeft de emigratie van belanghebbende tot gevolg dat alle inkomsten die uit de pensioenaanspraken voortvloeien, op grond van artikel 18 OMV uitsluitend belastbaar zijn in de woonstaat, derhalve de staat van immigratie. De Hoge Raad beslist derhalve dat een fictie die tot gevolg heeft dat de waarde van de opgebouwde pensioenrechten als loon in de Nederlandse heffing wordt betrokken op een moment voorafgaand aan de emigratie, in strijd is met de goede trouw die bij de uitleg van

²²³ F.P.G. Pötgens en H.M. Kapelle, *Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!*, WFR 2010/74.

²²⁴ F.P.G. Pötgens en H.M. Kapelle, *Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!*, WFR 2010/74.

²²⁵ HR 19 juni 2009, nr. 43978, BNB 2009/263, r.o. 3.4.2.

verdragen in acht dient te worden genomen. Hieraan doet niet af dat op het moment waarop de nationale wetgeving het belastbare feit fingeerde, belanghebbende nog in Nederland woonde. Aangezien de toewijzingsbepaling van artikel 18 van de op het OMV gebaseerde belastingverdrag onmiddellijk daarna van toepassing werd, wordt volgens de Hoge Raad de werking van de toewijzing door de onderhavige fictie op een onaanvaardbare wijze doorkruist, als bij een soortgelijke fictie die aanknoopt bij gebeurtenissen op een moment waarop de belastingplichtige niet (meer) in Nederland woont.²²⁶ De Hoge Raad oordeelt derhalve dat Nederlandse emigratieheffingen betreffende pensioenen in strijd zijn met de pensioenartikelen van belastingverdragen die gesloten zijn vóór 1 januari 2001 en die het heffingsrecht over pensioenen exclusief aan de woonstaat toewijzen. Bij belastingverdragen die ná deze datum zijn gesloten kan niet worden gesproken van handelen in strijd met de goede trouw, omdat kan worden aangenomen dat de verdragspartners op dat moment op de hoogte zijn van de emigratieheffing.

Een vierde arrest dat ook onder de 19 juni-arresten valt betreft een lijfrentearrest. Belanghebbende en haar echtgenoot hebben hun onderneming in een BV ingebracht en daarbij een lijfrente van de BV bedongen. In 1996 verhuist belanghebbende naar België, waarna zij in 2002 de lijfrenteverplichting afkoopt. In geschil is of Nederland mag heffen ter gelegenheid van deze afkoop. Artikel 3.133 en 3.137 Wet IB 2001 bepalen dat bij afkoop van een lijfrenteaanspraak de waarde in het economische verkeer van die aanspraak onmiddellijk voorafgaand aan de afkoop, in aanmerking genomen dient te worden als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Op grond van artikel 22 van het desbetreffende verdrag is echter de woonstaat, zijnde België, uitsluitend bevoegd belasting te heffen over zowel de termijnen, als over de afkoopsom van de lijfrente. De Hoge Raad beslist dat Nederland op grond van de goede verdragstrouw die in acht genomen moet worden bij de uitleg van verdragen, de heffingsbevoegdheid niet naar zich toe mag trekken door een dergelijke regeling op te nemen in haar nationale wetgeving.

Nog op dezelfde dag als de uitspraak van de Hoge Raad bij de 19 juni-arresten heeft de staatssecretaris reparatiewetgeving aangekondigd.²²⁷ Deze reparatiewetgeving ziet op een aanpassing van artikel 3.136 Wet IB 2001 waarmee de staatssecretaris de strijd van de nationale wetgeving met de door Nederland vóór 2001 gesloten belastingverdragen wenst op te

²²⁶ HR 19 juni 2009, nr. 43978, BNB 2009/263, r.o. 3.4.3.

²²⁷ Brief staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2009, DB2009/329 M, betreffende "wetsvoorstel conserverende aanslagen pensioen en lijfrente", Kamerstukken II 2008/09. 31 990, nr. 5.

heffen, gezien het budgettaire belang groot is als de conserverende aanslag niet uitgeoefend mag worden.²²⁸ De aanpassing ziet op de hoogte van het bedrag van de negatieve uitgaven. Artikel 3.136, lid 3 Wet IB 2001 bepaalt namelijk dat bij emigratie naar een staat waarbij het desbetreffende belastingverdrag de heffingsbevoegdheid exclusief toewijst aan de woonstaat, enkel de gefaciliteerde premies die zijn betaald door middel van de conserverende aanslag worden teruggenomen; er wordt dus niet meer net als voorheen de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak in de belastingheffing betrokken. Het doel van deze reparatiewetgeving is het voorkomen dat een verboden handeling, zoals een afkoop, van in Nederland gefaciliteerde opgebouwde aanspraken kunnen plaatsvinden zonder dat Nederland het verleende belastingvoordeel kan terugnemen. Wordt er echter geëmigreerd naar een staat waarbij het desbetreffende belastingverdrag Nederland als bronstaat een heffingsrecht toestaat, dan wordt middels de conserverende aanslag alsnog de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraak in de belastingheffing betrokken. Het is echter ten eerste de vraag of Nederland wederom in strijd handelt met de goede trouw die Nederland jegens zijn verdragspartners in acht moet nemen; hieromtrent is in de literatuur ook de nodige kritiek geuit.²²⁹ Ook de reparatiewetgeving heeft namelijk tot gevolg dat Nederland eenzijdig de heffingsbevoegdheid over pensioenaanspraken, ná toekenning van die aanspraken, naar zich toetrekt. Dit omdat de conserverende aanslag wederom aansluit bij een fictief genietingsmoment bij emigratie. Alleen bestaat de grondslag niet meer uit het bedrag van de waarde van de pensioenaanspraak, maar wordt deze beperkt tot het bedrag waarover een belastingvoordeel is verleend. Dat laat onverlet dat Nederland alsnog heffingsrecht naar zich toetrekt. In wezen wordt met dit systeem de pensioenaanspraak dus voorwaardelijk vrijgesteld. Echter verandert er niets aan het feit dat belastingverdragen vóór 1 januari 2001 zijn gesloten toen Nederland nog een geheel andere regime hanteerde. De introductie van de vernieuwde conserverende aanslag welke voortkomt uit de reparatiewetgeving, verdraagt zich ter zake van deze verdragen dan ook niet met de volkenrechtelijke goede trouw. Zo is ook uit het lijfrentearrest van 19 juni 2009 af te leiden dat volgens de Hoge Raad de schending van de goede trouw niet wordt weggenomen door beperking van de Nederlandse belastingheffing tot de afgetrokken lijfrentepremie in plaats van de waarde van de lijfrente:

²²⁸ MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 2.

²²⁹ Zie o.a. F.P.G. Pötgens en H.M. Kapelle, *Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!*, WFR 2010/74; E.C.C.M. Kemmeren, *Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers*, WFR 2009/881 en P.G.A. Albert in zijn commentaar onder de brief van de staatssecretaris in NTFR 2009/1416.

‘De in 3.3.4 vastgestelde strijd met het Verdrag wordt bepaald door de werkelijke aard van het onderhavige inkomensbestanddeel, blijkend uit de wettelijke regeling. Dit brengt mee dat het Verdrag in de weg staat aan iedere belastingheffing over dit inkomensbestanddeel door Nederland. De schending van het Verdrag wordt daarom niet weggenomen indien de inspecteur - zoals in dit geval - bereid is de heffing zonder wettelijke grondslag te beperken tot het bedrag van de voorheen afgetrokken lijfrentepremie. Het andersluidende betoog in de toelichting bij het middel moet daarom worden verworpen.’²³⁰

Hoewel het in dit arrest om lijfrenten ging, ben ik het met Kemmeren²³¹ eens dat kan worden afgeleid dat de wetgever met de voorgestelde reparatiewetgeving ook de schending van de goede verdragstrouw betreffende de OMV-conforme pensioenartikelen niet kan opheffen. De staatssecretaris van Financiën gaat in de memorie van toelichting echter voorbij aan bovengenoemde rechtsoverweging van de Hoge Raad. Volgens Kemmeren omdat de rechtsoverweging niet past in het door Financiën gewenste resultaat.²³² Verder kan uit de pensioenarresten van 19 juni 2009 worden afgeleid dat inkomsten uit pensioenaanspraken na toekenning daarvan, gezien de aard, slechts worden beheerst door het pensioenartikel. Indien het pensioenartikel de heffingsbevoegdheid over dergelijke inkomsten slechts toewijst aan de woonstaat, niet zijnde Nederland, Nederland door middel van nationale wetsficties geen heffingsbevoegdheid naar zich toe mag trekken die hij voordien niet had. In de 19 juni arresten komt het oordeel van de Hoge Raad erop neer dat de Nederlandse nationale wetgeving in strijd is met het pensioenartikel van de desbetreffende belastingverdragen en niet dat aan Nederland geen heffingsrecht toekomt omdat de Nederlandse wetgeving daarin onvoldoende voorziet. Burgers²³³ meent dat de wetgever terecht het nationale recht heeft aangepast omdat met de reparatiewetgeving zeker is gesteld dat de Nederlandse heffingswet een heffingsrecht kent. Mijns inziens had Nederland dit recht vóór de reparatiewetgeving echter ook al door middel van de conserverende aanslag. De reparatiewetgeving is mijns inziens daarom geen passende middel om het beoogde doel van de Staatssecretaris te bereiken. Een betere oplossing zou zijn geweest om de reparatie op niveau van de belastingverdragen plaats te laten vinden door bijvoorbeeld een dergelijke bronstaatheffing van pensioenen mogelijk te maken. De staatssecretaris heeft echter laten weten te willen voorkomen *‘dat Nederland te inhalig is’*,

²³⁰ HR 19 juni 2009, nr. 44 050, BNB 2009/264, r.o. 3.3.5.

²³¹ E.C.C.M. Kemmeren, *Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers*, WFR 2009/881.

²³² E.C.C.M. Kemmeren, *Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers*, WFR 2009/881.

²³³ I.J.J. Burgers, *Internationaal verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrente: quo vado?*, WFR 2010/259.

derhalve zal er bij verdragsonderhandelingen in de eerste instantie worden ingezet op een woonstaatheffing conform het OMV.²³⁴

Een later gewezen belangrijk arrest is het arrest van 15 april 2011²³⁵. Deze heeft betrekking op het verdrag met België uit 2001. Het pensioenartikel in dit verdrag kent Nederland als bronstaat in een aantal gevallen²³⁶ heffingsbevoegdheid toe. In casu is aan belanghebbende een conserverende aanslag opgelegd in verband met pensioenrechten, ter zake van zijn emigratie naar België. De Hoge raad oordeelt dat gezien het feit dat het verdrag in bepaalde gevallen de heffingsbevoegdheid toewijst aan de bronstaat het opleggen van een conserverende aanslag niet in strijd is met het verdrag.²³⁷ Echter verzet de goed trouw zich er wel tegen dat een ontvanger, indien na emigratie een besmette handeling plaatsvindt, overgaat tot invordering van de conserverende aanslag ingeval het verdrag de heffingsbevoegdheid ter zake daarvan toewijst aan de woonstaat.²³⁸ In andere woorden is voor de effectiviteit van de aanslag beslissend of Nederland volgens het verdrag heffingsbevoegd is op het moment waarop zich een omstandigheid voordoet die tot invordering van de aanslag leidt. Mijns inziens versterkt dit arrest mijn conclusie, zoals hierboven behandeld, dat de reparatiewetgeving niet het beoogde effect heeft.

5.3.3 Pensioenen en het OMV

De toewijzingsregels voor pensioen dat wordt genoten uit een vroegere privaatrechtelijke dienstbetrekking zijn opgenomen in artikel 18 OMV. Onder voorbehoud van artikel 19, lid 2, OMV (pensioen bij overheidsfuncties), bepaalt artikel 18 OMV dat pensioenen en andere soortgelijke beloningen die betaald worden aan een inwoner van één van beide staten ter zake van een vroegere dienstbetrekking, slechts belast zijn in de woonstaat. In het OESO-commentaar bij artikel 18 worden twee argumenten gegeven voor een woonstaatheffing, ten eerste is de woonstaat in staat om de draagkracht van inwoners te meten. Bij het meten van de draagkracht dient men rekening te houden met het wereldinkomen en alle persoonlijke omstandigheden van een belastingplichtige. Het tweede argument voor een woonstaatheffing is dat de administratieve verplichtingen van een belastingplichtige worden verminderd.²³⁹ Als aanvullend argument wordt in de Nederlandse parlementaire geschiedenis aangedragen dat de

²³⁴ Handelingen I 2008/09, 7 juli 2009, nr. 40-1898 en zie notitie verdragsbeleid 2011.

²³⁵ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, met conclusie Van Ballegooijen en noot Kavelaars.

²³⁶ Te weten die welke zijn genoemd in art. 18, tweede en derde lid van het verdrag tussen Nederland en België.

²³⁷ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.4.5.

²³⁸ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.4.6.

²³⁹ OESO Commentaar 2010, artikel 18, paragraaf 1.

belastingplichtige gebruik maakt van de openbare voorzieningen van de woonstaat en daar door middel van een woonstaatheffing aan bij moet dragen.²⁴⁰

In het OESO-commentaar bij artikel 18 OMV wordt ingegaan op mogelijke alternatieven voor staten die hun heffingsrechten willen beschermen. Er wordt namelijk erkend dat er problemen kunnen ontstaan bij grensoverschrijdende pensioenen. Pensioenregelingen zijn namelijk ontwikkeld vanuit puur nationaal perspectief waardoor landen verschillende systemen hanteren. Dit betekent dat lang niet alle staten net als Nederland een systeem kennen waarbij de pensioenaanspraak en het daarop behaalde rendement vrij van heffing blijft en de uitkering belast is. Omdat Nederland de pensioenopbouw fiscaal faciliteert en de uitkering belast, streeft zij ingaande het fiscaal verdragsbeleid 2011 naar een bronstaatheffing over pensioenen. Volgens het OESO-commentaar bij artikel 18 staat het de landen vrij om bilateraal tot oplossingen te komen waarbij de heffingsbevoegdheid niet volledige toekomt aan de woonstaat. Ook noemt het commentaar een aantal voorbeelden waarin de verdragsluitende staten afwijken van de hoofdregel van artikel 18 OMV.²⁴¹ Deze afwijkingen betreffen een exclusieve bronstaatheffing, een niet-exclusieve woonstaatheffing, de bronstaat toelaten een vast percentage te heffen over het pensioen waarover de woonstaat voorkoming geeft, en een bronstaatheffing toelaten indien de woonstaat niet heft.

5.3.4 Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid

Welk beleid Nederland wenst te voeren bij het sluiten van nieuwe verdragen wordt aangegeven in het Nederlands fiscaal verdragsbeleid. In de loop der jaren is er in dit beleid een wijziging op te merken ten opzichte van pensioenen. In de periode vóór 1987 werd namelijk de zienswijze van de OESO gehanteerd waarbij een exclusieve woonstaatheffing werd gehanteerd. De staatssecretaris onderkent in het Algemeen Fiscaal Verdragsbeleid van 1987 echter dat inwoners vanuit Nederland naar het andere staat verhuizen om daar het pensioen onbelast dan wel tegen een lager tarief vrij te laten vallen, ook wel aangeduid als de pensioenvlucht. Hiertegen moest opgetreden worden door verdragen aan te passen. Deze aanpassing betreft een regeling waarbij men mag afwijken van de woonstaatheffing indien de beloning geen periodiek karakter heeft en wordt uitbetaald ten aanzien van een vroegere dienstbetrekking uit de andere staat (afkoop), in dat geval geldt een bronstaatheffing.²⁴² Dit nieuwe verdragsbeleid is verwerkt in het verdrag met Portugal uit 1999 en het verdrag met België uit 2001. Vervolgens

²⁴⁰ Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, bladzijde 50.

²⁴¹ OESO-commentaar 2010, artikel 18, paragraaf 15.

²⁴² Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nr. 2, p. 22.

laat de staatssecretaris in de internationaal fiscaal (verdrags)beleid van 1998 weten dat Nederland niet zonder meer een onbeperkte woonstaatheffing nastreeft. Wederom wil Nederland het heffingsrecht behouden in situaties van afkoop, echter wil zij eveneens heffen indien de uitkering van het pensioen in de andere staat niet of laag belast is (voor minder dan 90% in de heffing betrokken). Dit betekent dat de Nederlandse bronstaatheffing naast de woonstaatheffing bestaat, waarbij geen voorkoming wordt gegeven.²⁴³ Deze regel geldt echter slechts indien sprake is van een 'aanzienlijk pensioen', dit kan per verdrag verschillen. In het verdrag met België wordt bijvoorbeeld een grens van 25.000 euro per jaar gehanteerd, terwijl het verdrag met Portugal uitgaat van een grens van 10.000 euro per jaar. Dit verschil komt voort uit onderhandelingen tussen verdragsluitende staten. Het meest recente verdragsbeleid is opgenomen in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011. Hierin is vastgesteld dat Nederland streeft naar een exclusieve bronstaatheffing voor gefaciliteerd opgebouwde pensioenen, zowel voor reguliere pensioenuitkeringen als voor afkoopsommen van pensioenen en onafhankelijk van de fiscale behandelingen van de pensioenen in de woonstaat van de pensioengerechtigde. In het kader van een finaal compromis wordt opgemerkt dat Nederland bereid is met individuele verdragspartners als alternatief een beperkt heffingsrecht voor de bronstaat overeen te komen. In dit geval zal de bronstaat slechts heffingsbevoegd zijn tot een vooraf vastgesteld maximumpercentage. De woonstaat kan vervolgens desgewenst de pensioenuitkering eveneens belasten onder verrekening van de door het verdrag gelimiteerde belasting die is geheven door de bronstaat.²⁴⁴

Te zien is dat Nederland in de loop der jaren in haar verdragsbeleid ten aanzien van pensioenen is gaan afwijken van het OMV. Nederland streeft zoals hierboven omschreven naar een bronstaatheffing waarbij het mogelijk is een compromis te sluiten voor wat betreft een gedeeltelijke bronstaatheffing. De verdragsonderhandeling waarbij voor het eerst sinds de wijziging van het verdragsbeleid is onderhandeld over het percentage van de bronstaatheffing is de verdragsonderhandeling met Curaçao, welke overigens ook is gerealiseerd.²⁴⁵

5.3.5 Waardeoverdracht van pensioenen

Een waardeoverdracht wordt volgens artikel 1 van de pensioenwet gedefinieerd als iedere handeling waarbij de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt aangewend ten behoeve van andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij dezelfde

²⁴³ Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 50.

²⁴⁴ Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011, p. 53 e.v.

²⁴⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 21 december 2012, nr. IFZ 2012/767, Totstandkoming nieuwe bilaterale regeling Curaçao-Nederland, V-N 2013/3.9.

uitvoerder, of dezelfde dan wel andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder. Door middel van een dergelijke waardeoverdracht wordt een pensioenbreuk voorkomen indien een pensioengerechtigde de opbouw van zijn pensioen wenst over te dragen aan een pensioenuitvoerder in een andere staat. Indien zich een situatie van emigratie voordoet waarbij geen waardeoverdracht van het pensioen plaats vindt en derhalve het pensioen achter blijft bij een Nederlandse pensioenuitvoerder, kent Nederland volgens haar nationale wetgeving een aangrijpingspunt voor heffing over de uiteindelijke uitkeringen in artikel 7.2, lid 2, onderdeel d Wet IB 2001. Ingevolge dat artikel zijn in het buitenland wonende gerechtigden tot pensioenuitkeringen die zijn verstrekt vanuit Nederland, in Nederland aan te merken als (buitenlands) belastingplichtigen. Indien men echter bij emigratie ook een waardeoverdracht naar de andere staat wenst is het de vraag of Nederland volgens haar nationale wetgeving ná een waardeoverdracht een aangrijpingspunt kent voor heffing over het uiteindelijk uit te keren pensioen over het aan Nederland toe te rekenen gedeelte van het opgebouwde pensioen. Deze vraag is van belang indien het van toepassing zijnde verdrag de heffing over een pensioenuitkering (gedeeltelijk) aan de bronstaat toewijst. Op grond van de eerste volzin van artikel 19b, lid 2 Wet LB 1964 wordt een waardeoverdracht aangemerkt als een afkoop. Dit heeft loonheffing over de waarde in het economische verkeer tot gevolg. De tweede volzin bepaalt echter dat geen sprake is van een afkoop indien de verplichting in gevolge een pensioenregeling over gaat naar een erkende verzekeraar als bedoeld in artikel 19a, lid 1, Wet LB 1964 en de regelingen uit de Pensioenwet 2006 niet zijn overtreden. Voor waardeoverdracht naar het buitenland bepaalt artikel 19b, lid 6 Wet LB 2001 dat deze niet wordt aangemerkt als een afkoop en derhalve onder voorwaarden²⁴⁶ zonder loonheffing geschiedt. Desondanks wordt nog wel op basis van artikel 3.83, lid 1 Wet IB 2001 en artikel 7.2, lid 8 Wet IB 2001 een conserverende aanslag opgelegd.²⁴⁷ In verdragstermen genereert een waardeoverdracht echter geen inkomen, daarom kan er volgens het verdrag in situaties van waardeoverdracht geen heffingsbevoegdheid in Nederland worden gegeneerd.²⁴⁸ Dit betekent dat overdracht van het pensioenrecht vanuit Nederland door een niet-ingezetene naar het buitenland niet in de Nederlandse heffing kan worden betrokken in verdragssituaties. Hier is dus geen sprake van het compartimenteren van een pensioenaanspraak naar een gedeelte vóór waardeoverdracht, wat toe te rekenen is aan de opbouw in Nederland en een gedeelte ná waardeoverdracht wat toe te rekenen is aan de immigratiestaat. Onder de verschillende verdragen bestaan er op dit punt echter uitzonderingen,

²⁴⁶ Zie voor de voorwaarden bijlage III van het Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98, BNB 2008/119.

²⁴⁷ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, bladzijde 125.

²⁴⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (zevende herziene druk) p. 374.

een voorbeeld is het verdrag met België uit 2001. Dit verdrag kent in artikel 18, paragraaf 4 een zogenaamde 'sourcing-rule', die de omvang van de bronheffing bepaalt. Op grond van deze bepaling wordt de pensioenuitkering geacht afkomstig te zijn uit een betreffende staat voor zover de aanspraak op dat bestanddeel en/of voor zover betaalde premies en bijdragen ter verkrijging van die aanspraak in die staat in aanmerking zijn gekomen voor fiscale facilitering, ongeacht of het pensioenkapitaal waarop die aanspraak betrekking heeft van een in die staat gevestigde verzekeraar is overgedragen aan een verzekeraar gevestigd in een andere staat.²⁴⁹ Deze bepaling ziet er op te bewerkstelligen dat een waardeoverdracht van gefaciliteerd opgebouwd pensioenkapitaal naar het buitenland niet tot gevolg heeft dat het heffingsrecht van de oorspronkelijke bronstaat verloren gaat. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat in situaties waarbij, anders dan via een conserverende aanslag, fiscale afrekening plaats vindt ingeval van waardeoverdracht naar het buitenland, men niet kan spreken van gefaciliteerd opgebouwd pensioenkapitaal en derhalve de oorspronkelijke bronstaat geen heffingsrecht heeft over uitkeringen die kunnen worden toegerekend aan dat overgedragen kapitaal. De sourcing-rule zorgt er in feite voor dat bij waardeoverdracht er een splitsing moet worden gemaakt waarbij men het gedeelte van de uiteindelijk pensioenuitkering moet toereken aan de bronstaat waar het pensioen feitelijk gefaciliteerd is opgebouwd. Onder deze bepaling zien we derhalve de compartimenteringsleer terug.

5.3.6 Compartimentering onder het pensioenartikel van belastingverdragen.

Om te kunnen oordelen of onder het pensioenartikel van verdragen compartimentering mogelijk is, is het van belang vast te stellen welk moment beslissend is voor de toetsing aan het artikel. Moet men bijvoorbeeld kijken naar het moment ten tijde van de pensioensopbouw of naar het moment ten tijde van de betaling. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat onder artikel 18 OMV het moment van betaling beslissend is en derhalve verdragscompartimentering niet is toegestaan.²⁵⁰ Het commentaar zegt namelijk: *'According to this Article, pensions paid in respect of private employment are taxable only in the State of residence of the recipient'*²⁵¹. Het is mijns inziens echter van belang stil te staan bij de betekenis van de term 'paid' (betaald). In hoofdstuk 4 is reeds opgemerkt dat de term 'betalen' niet is gedefinieerd in het belastingverdrag zelf. Op grond van artikel 3, lid 2 OMV dient men derhalve de betekenis ervan moet opvatten zoals deze luidt volgens de nationale wetgeving van de staat die het verdrag toepast. In hoofdstuk 4 is echter gebleken dat er in de Nederlandse Nationale wetgeving ook geen aanknopingspunt te

²⁴⁹ MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 3, p. 48-49.

²⁵⁰ D.S. Smit, *De compartimenteringsleer en belastingverdragen*, TFO 2014/132.3.

²⁵¹ OESO-commentaar 2010, artikel 18, paragraaf 1.

vinden is voor de term betalen. Artikel 31 VvW bepaalt dat een verdrag in beginsel moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen en gezien de context ervan.

In BNB 1995/117²⁵² heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de uitleg van de term 'betalen' onder het belastingverdrag tussen Nederland en de voormalige Bondsrepubliek Duitsland van 16 juni 1959. Dit arrest betreft de situatie waarin belanghebbende aan twee voormalige werknemers die in Duitsland woonden, pensioenafkoopsommen heeft uitbetaald. Er was in casu sprake van de privatisering van een overheidsbedrijf waardoor een deel van de afkoopsommen betrekking had op pensioen dat was opgebouwd tijdens de dienstbetrekking van de werknemers bij het Staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Telefonie (hierna: PTT), en het overige deel van het pensioen was opgebouwd bij de Koninklijke PTT Nederland NV. Belangrijk is op te merken dat voor verdragsdoeleinden er een onderscheid wordt gemaakt tussen overheidspensioenen en particulier pensioen. Overheidspensioenen worden in de regel ter belastingheffing aan de bronstaat toegewezen (art. 19 OMV) en particuliere pensioenen aan de woonstaat. Ook het desbetreffend verdrag in dit arrest volgt deze zienswijze. In geschil in dit arrest was aan welk land de heffingsbevoegdheid over deze afkoopsommen toekwam. De Hoge Raad oordeelt dat bij overheidspensioenen het vereist is dat de Staat of een publiekrechtelijke rechtspersoon of instelling de afkoopsommen 'betaalt'. Voor dat vereiste is het niet van belang wie de afkoopsommen daadwerkelijk overmaakt naar de gerechtigde, maar bij wie deze afkoopsommen zijn opgebouwd. Bij een waardeoverdracht van een overheidspensioenfonds naar een particulierpensioenfonds, dienen de uitbetaalde bedragen derhalve tijdsevenredig te worden gecompartmenteerd. Vervolgens wordt het pensioengedeelte dat betrekking heeft op de particuliere dienstbetrekking ter heffing toegewezen aan de woonstaat en het gedeelte dat betrekking heeft op het overheidspensioen aan de bronstaat. Deze zienswijze is later in BNB 2009/199²⁵³ uitdrukkelijk bevestigd. In dit arrest beslist de Hoge Raad dat aan het betalingsvereiste is voldaan voor zover het pensioen is opgebouwd bij de Staat of een publiekrechtelijke rechtspersoon of instelling. De Hoge Raad construeert in casu bij de interpretatie van de term 'betalen', twee betalers voor toepassing van het verdrag. Het construeren van twee betalers in casu betekent dat in de periode waarin het pensioen werd opgebouwd bij de PTT de opbouwer en daarmee de betaler een overheidsorgaan was terwijl in de periode van de Koninklijke PTT Nederland NV, het ging om een privaatrechtelijke betaler.

²⁵² HR 23 november 1994, nr. 29 935, BNB 1995/117 met noot Hoogendoorn.

²⁵³ HR 5 december 2008, nr. 43 722, BNB 2009/199 met conclusie A-G van Ballegooijen en noot Van Weeghel.

Pijl²⁵⁴ merkt bij dit arrest op dat hoewel het arrest aan compartimentering doet denken, het daadwerkelijk door een ander mechanisme dan compartimentering wordt gedragen. Van compartimentering is namelijk sprake indien op het relevante moment slechts een bepaalde regel geldt, maar door toerekening een bepaald gedeelte van dat inkomen onder een andere regel wordt gebracht. In casu wordt echter door uitleg van de feiten twee regels op het juridisch relevante feit van toepassing geacht; met andere woorden: het feit zelf wordt geknipt in losstaande delen. Mijn inziens moet de uitspraak van de Hoge Raad echter zo worden opgevat dat de Hoge Raad de term 'paid' ('betaald') zo interpreteert dat deze niet enkel het tijdstip waarop een voordeel daadwerkelijk wordt betaald beslissend acht, maar ook de oorsprong van de ontvangen uitkering. Door hier voor compartimentering te kiezen doet de Hoge Raad te kennen meer belang te hechten aan de strekking dan aan de tekst van de toepasselijke verdragsbepaling. Mijns inziens kan op basis van dit arrest derhalve worden geconcludeerd dat er wel degelijk ruimte bestaat ter verdragscompartimentering naar de feitelijke bron waaruit de pensioenuitkering afkomstig is. Compartimentering in dit verband dient plaats te vinden naar degene bij de pensioenuitkering daadwerkelijk is opgebouwd, zodat onder verdragen de pensioenuitkering dient te worden gecompartmenteerd naar de verdragsbepaling die enerzijds ziet op particulier pensioen en anderzijds op overheidspensioen.

5.4 Conclusie

Centraal in dit hoofdstuk staat de volgende vraag: *'Is verdragscompartimentering mogelijk bij arbeidsinkomen en pensioenen?'.* Allereerst is gekeken naar feitencompartimentering voor wat betreft arbeidsinkomen en is derhalve gekeken naar artikel 15 OMV. Vervolgens is ingegaan op feitencompartimentering voor wat betreft pensioenen waarbij artikel 18 OMV van belang is.

Artikel 15 OMV bepaalt de heffingsbevoegdheid ten opzichte van de niet zelfstandige arbeid deze bepaling luidt dat salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen verkregen door een inwoner van een van de staten ter zake van een dienstbetrekking slechts in die staat belastbaar zijn, tenzij de dienstbetrekking in de andere staat wordt uitgeoefend. In het tweede geval mag de 'ter zake daarvan' verkregen beloning in die andere staat worden belast. De sfeerovergang waarbij het compartimenteringsvraagstuk een rol kan spelen bij deze bepaling is de situatie waarin de belastingplichtige zijn woonstaat van de ene verdragsstaat naar de andere verdragsstaat verlegt. Het compartimenteringsvraagstuk in een dergelijke situatie doet zich vervolgens voor indien na sfeerovergang inkomsten uit arbeid worden ontvangen die feitelijke

²⁵⁴ H. Pijl, *Compartimentering bij verdragen* (BNB 2002/402), WFR 2003/359.

toe te rekenen zijn aan de periode voor sfeerovergang. Geconcludeerd kan worden dat voor wat betreft artikel 15 OMV voor de toerekening van de voor- en nadelen uit arbeid het historische verband beslissend. Dit verband wordt in artikel 15 OMV aangewezen door de causaliteit uitdrukkelijke term 'ter zake daarvan'. Hierdoor is niet het moment van daadwerkelijke betaling van belang maar het moment waarop de oorzaak van de betaling zich voordoet. Dit betekent dat feitencompartimentering mogelijk is onder artikel 15 OMV.

Voor wat betreft pensioenen bepaalt artikel 18 OMV dat pensioenen en andere soortgelijke beloningen die betaald worden aan een inwoner van één van beide staten ter zake van een vroegere dienstbetrekking, slechts belast zijn in de woonstaat. De vraag naar compartimentering bij pensioenen kan aan de orde komen door sfeerovergangen die worden ingegeven door een verschuiving van de woonplaats van de pensioengerechtigde van de ene verdragsstaat naar de andere, of door een verandering van de status van de bron waaruit het pensioen afkomstig is. Geconcludeerd kan worden dat onder artikel 18 OMV het moment van betaling beslissend is. Dit betekent dat slechts gekeken wordt naar het moment ten tijde van de betaling en niet naar de periode van de pensioensopbouw. De Hoge Raad heeft zich in BNB 1995/117 uitgesproken over de term 'betalen' uit het pensioenartikel onder het belastingverdrag

In BNB 1995/117²⁵⁵ heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de uitleg van de term 'betalen' betreffende het pensioenartikel onder het verdrag tussen Nederland en Duitsland van 16 juni 1959. De Hoge Raad interpreteert de term 'betalen' zodanig dat dit niet enkel het tijdstip waarop een voordeel daadwerkelijk wordt betaald beslissend acht, maar ook de oorsprong van de ontvangen uitkering. In casu werd de pensioenuitkering derhalve gesplitst voor wat betreft verdragsdoeleinden. Mijns inziens is de Hoge Raad terecht uitgegaan van een dergelijke compartimentering omdat in het algemeen in belastingverdragen een onderscheid wordt gemaakt tussen twee typen pensioenbetalingen (privaat en particulier). Door in dit geval voor compartimentering te kiezen doet de Hoge Raad terecht te kennen meer belang te hechten aan de strekking dan aan de letterlijke tekst van de toepasselijke verdragsbepaling. Concluderend kan, gezien de strekking van belastingverdragen ten opzichte van pensioenuitkeringen, worden gesteld dat compartimentering plaats dient te vinden naar degene bij wie de pensioenuitkering daadwerkelijk is opgebouwd, zodat onder verdragen de pensioenuitkering dient te worden verdeeld naar de verdragsbepaling die enerzijds ziet op particulier pensioen en anderzijds op overheidspensioen.

²⁵⁵ HR 23 november 1994, nr. 29 935, BNB 1995/117 met noot Hoogendoorn.

6. Conclusie

6.1 Inleiding

Allereerst wordt in paragraaf 6.2 van dit hoofdstuk een samenvatting van het onderzoek gegeven. Deze samenvatting heeft de vorm een uiteenzetting van de verschillende deelvragen. In paragraaf 6.3 wordt vervolgens een analyse gemaakt van de bevindingen die voortvloeien uit de deelvragen. Met behulp van de deelvragen wordt ten slotte een antwoord gegeven op de in deze scriptie centraal staande onderzoeksvraag:

“Vindt ten aanzien van inkomensbestanddelen onder verdragsbepalingen een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid plaats door middel van compartimentering?”

6.2 Samenvatting

Aan de hand van de in paragraaf 1.2 opgestelde deelvragen worden hieronder de bevindingen uit deze scriptie uiteengezet in de vorm van een samenvatting.

Wat wordt er onder het begrip ‘compartimenteren’ verstaan onder nationaal recht?

Uit de verschillende omschrijvingen van het begrip ‘compartimentering’ in de literatuur valt af te leiden dat bij compartimentering wordt uitgegaan van een relevante verandering in (rechts)toestand waarbij tevens de factor tijd een rol speelt.²⁵⁶ De verandering in (rechts)toestand heeft tot gevolg dat er verschillende ‘sferen’, die we ook ‘compartimenten’ kunnen noemen, ontstaan. Indien een belastingplichtige na sfeerovergang een bepaald voordeel realiseert, wordt dit voordeel in beginsel belast volgens de fiscale regels die op dat moment van toepassing zijn en niet volgens het fiscale regime dat vóór de wijziging van toepassing was. Compartimentering zorgt er echter voor dat in die situaties voor dat het deel van het gerealiseerde voordeel dat is toe te rekenen aan de periode vóór de wijziging, alsnog belast kan worden volgens de regels van het in die periode toepasselijk fiscale regime en het overige deel belast wordt volgens de fiscale regels die op het realisatiemoment gelden. Een dergelijke ‘sfeerovergang’ kan in het algemeen plaatsvinden door een verandering in de feiten (feitencompartimentering) of een verandering in de regelgeving, alsmede van een wijziging in de rechtspraak ten aanzien van de toepassing van een bepaalde regel (regelcompartimentering). Beide situaties worden namelijk deels door een verschillend juridisch kader beheerst, derhalve is het van belang een onderscheid te maken tussen feitencompartimentering en regelcompartimentering.

²⁵⁶ D.S. Smit, *Compartimentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 5.

De compartimenteringsleer heeft zich in de jurisprudentie ontwikkeld. In gevallen waarbij de Hoge Raad tot compartimentering heeft beslist, heeft hij dit gedaan op basis van de strekking van de toepasselijke wettelijke bepaling: een redelijke wetstoepassing en/of de toepassing van de parlementaire geschiedenis van de bepaling. In de wetgeving zijn er op een aantal plaatsen bepalingen opgenomen die in overeenstemming zijn met de door de Hoge Raad ontwikkelde compartimenteringsgedachte. De in de wet opgenomen bepalingen zien op feitencompartimentering. Regelcompartimentering wordt door de wetgever vaak geregeld bij overgangsrecht. Een definitie van het begrip is echter noch wettelijk vastgelegd, noch door de rechter eenduidig ingevuld. De verschillende omschrijvingen hebben in essentie met elkaar gemeen dat wanneer er na sfeerovergang een vermogensmutatie wordt gerealiseerd, de belastingplichtige moet bepalen aan welke perioden de vermogensmutatie moet worden toegerekend, indien deze (gedeeltelijk) is toe te rekenen aan de periode vóór sfeerovergang, deze (voor dat gedeelte) volgens het in die periode geldende regime behandeld moet worden. Onder nationaal recht kan het begrip 'compartimentering' derhalve als volgt worden omschreven: Van compartimentering is sprake indien door een sfeerovergang een nieuw fiscaal regime van toepassing wordt waarbij men bij wijze van overgang voor een deel uit blijft gaan van het oude regime.

Is verdragscompartimentering mogelijk in de winstsfeer?

Voor de beoordeling of de lijn van de nationale compartimenteringsleer ook door kan werken onder belastingverdragen is het belangrijk om ook onder verdragen een onderscheid te maken tussen regelcompartimentering en feitencompartimentering.

Bij regelcompartimentering onder verdragen is het relevant stil te staan bij de vraag hoe men om moet gaan met de factor tijd in het verdragenrecht. Bij regelcompartimentering is in het bijzonder artikel 28 VvW, van belang. Hierin is bepaald dat de bepalingen van een verdrag een partij niet binden met betrekking tot een handeling of feit, voorafgaand aan de datum van inwerkingtreding van het verdrag of enige situatie die op die datum niet meer bestond, tenzij uit het verdrag of op andere wijze een andere bedoeling blijkt. Hierin is het uitgangspunt van non-retroactiviteit neergelegd, welke terugwerkende kracht van een verdrag verbiedt naar feiten die zich vóór de inwerkingtreding van het betreffende verdrag hebben voorgedaan. Ook kan worden afgeleid dat aan verdragen in beginsel onmiddellijke werking toekomt. Het verdragenrecht laat echter wel toe om van dat uitgangspunt af te wijken. Geconcludeerd kan worden dat compartimentering in verdragssfeer in geval van wijziging van verdragen (regelcompartimentering) slechts aan de

orde komt indien compartimentering expliciet blijkt uit de bedoeling van de verdragsluitende partijen, bijvoorbeeld door middel van het opnemen van overgangsrecht. Deze benadering is overigens in lijn met BNB 2013/177 waar de vraag naar regelcompartimentering op nationaal niveau speelde. In beginsel komt aan verdragen en wetgeving dus onmiddellijke werking toe waardoor, zonder expliciet overgangsrecht, regelcompartimentering niet mogelijk is. Compartimentering bij wijziging van verdragen is derhalve slechts aan de orde indien dit expliciet blijkt uit de bedoeling van de verdragsluitende staten, door bijvoorbeeld het opnemen van overgangsrecht. Geconcludeerd kan worden dat regelcompartimentering, tenzij tussen de verdragsluitende staten expliciet anders is overeengekomen, niet is toegestaan.

Bij feitencompartimentering onder verdragen dient een onderscheid te worden gemaakt al naar gelang de verschillende toewijzingsbepalingen. De bewoording van de desbetreffende toewijzingsbepaling is beslissend voor het antwoord op de vraag of daaronder temporele toewijzing mogelijk is. Uit de bewoording kan namelijk blijken welk moment beslissend is voor de toetsing aan de betreffende verdragsbepaling. Zo kan men bijvoorbeeld aansluiten bij het moment van daadwerkelijke betaling of het moment waarop de oorzaak van de betaling zich voordoet. Voor wat betreft de winstsfeer zijn het ondernemingswinstartikel (artikel 7 OMV) en het vermogenswinstartikel (artikel 13 OMV) van belang.

Het ondernemingswinstartikel verdeelt de heffingsbevoegdheid ten opzichte van de winst uit onderneming tussen de woonstaat en de bronstaat. De hoofdregel staat omschreven in het eerste lid en bepaalt dat voordelen van een onderneming van één van de staten slechts in die staat belastbaar is, tenzij de onderneming in de andere staat haar bedrijf uitoefent door middel van een aldaar gevestigde vi. In het tweede geval mogen de voordelen van de onderneming in de andere staat (vi-staat) worden belast, maar slechts in zoverre zij aan de vi kunnen worden toegerekend. Uit de jurisprudentie (BNB 1976/110 en BNB 1987/131) kan worden afgeleid dat onder de bepaling van artikel 7 OMV door het gebruik van de term 'toerekenbaar', het historisch verband beslissend is. In deze arresten ging het om een winstuitkering die toe te rekenen was aan een vi, maar die feitelijk werd uitgekeerd in een periode waarin er geen sprake meer was van het houden van een vi. Voor de bepaling van het historisch verband kan de gebruikelijke criteria van causaliteit worden gebruikt. Zolang het causale verband voldoende vaststaat is het niet relevant of de bron nog bestaat op het moment van ontvangst van de inkomsten. De tekst van artikel 7 OMV zegt enkel iets over de toewijzing van de totale winst en niets over de jaartoerekening van die totale winst. Het OESO-commentaar bij dit artikel bepaalt echter dat het beslissend is wanneer een resultaat is *accrued*, en niet wanneer het is *received*. Hieruit kan

worden afgeleid dat bij de toepassing van artikel 7 OMV het moment waarop de oorzaak van de betaling zich voordoet beslissend is. Ondernemingswinsten worden derhalve toegewezen aan het land waar de ontstaansgrond van de resultaten is gelegen. Gezegd kan worden dat er onder het ondernemingswinstartikel ruimte is voor compartimentering bij verdragssituaties; ondernemingswinsten worden namelijk gecompartmenteerd voor zover hun oorzaak ligt in de periode voor sfeerovergang (emigratie/immigratie) ten opzichte van de waardeangroei in de periode ná sfeerovergang.

Voor vermogenswinsten buiten ondernemingswinstsituaties is het vermogenswinstartikel van toepassing van belang. Voor de vraag of men verdragscompartimentering kan toepassen onder dit artikel is het ook hier van belang stil te staan welk tijdstip beslissend is bij de toetsing aan artikel 13 OMV. De toewijzingsregels omtrent vermogenswinsten zijn opgenomen in artikel 13 OMV. Als algemeen uitgangspunt geldt bij deze bepaling dat de heffingsbevoegdheid over vermogenswinsten slechts toekomt aan de woonstaat van de vervreemder. Onder dit artikel is, tenzij expliciet anders bepaald door de verdragsluitende staten, het moment van daadwerkelijke realisatie van belang. Dit betekent dat bij de verdeling van de heffingsbevoegdheid niet dient te worden gekeken naar de gehele periode waarin het vermogenswinst is aangegroeid, maar slechts naar het moment van realisatie. Verdragscompartimentering is onder het vermogenswinstartikel derhalve in beginsel niet toegestaan.

Is verdragscompartimentering mogelijk ten aanzien van de aandeelhouderssfeer?

In verdragssituaties is het relevant om een onderscheid te maken tussen twee typen inkomsten uit de aandeelhouderssfeer. Enerzijds zijn dit inkomsten door vervreemding van aandelen (vermogensresultaten) en anderzijds inkomsten uit het houden van aandelen (dividenden). Dit onderscheid is van belang omdat er voor beide typen inkomsten verschillende bepalingen gelden.

Voor wat betreft dividenden is artikel 10 OMV van belang. Deze bepaling bepaalt ten aanzien van dividenden in het eerste lid dat wanneer deze betaald worden door een lichaam dat inwoner is van één van de staten aan een inwoner van het andere staat, in die andere staat belast mogen worden. In beginsel komt de heffingsbevoegdheid over dividenden dus toe aan de woonstaat van de ontvanger van het dividend. Het tweede lid kent echter eveneens een heffingsrecht toe aan de staat waar het lichaam dat de dividenden betaalt inwoner is, anders gezegd de bronstaat. Het compartimenteringsvraagstuk bij dividenden kan in verschillende situaties aan de orde komen. Bijvoorbeeld in de situatie waarin de vestigingsplaats van een

Nederlandse vennootschap met aandeelhouders in het buitenland, kort voor uitkering van het dividend vanuit Nederland naar een ander land wordt verlegd. De winst waaruit het dividend na sfeerovergang wordt uitgekeerd zou (gedeeltelijk) kunnen zijn ontstaan in de periode vóór sfeerovergang waardoor het de vraag is of Nederland als voormalig bronland over dat gedeelte heffingsbevoegdheid kan hebben. Om de vraag naar de mogelijkheid tot compartimentering te kunnen beantwoorden is het ook hier belangrijk stil te staan bij de vraag welk moment beslissend is voor de toetsing aan artikel 10 OMV. Uit de jurisprudentie (FED 1998/297 en BNB 2007/36) en in lijn met de literatuur kan worden geconcludeerd dat voor wat betreft de wijze van formulering van artikel 10 OMV de omstandigheden ten tijde van de daadwerkelijke betaling doorslaggevend zijn. Dit betekent dat de formulering van artikel 10 OMV geen ruimte kent voor de toepassing van verdragscompartimentering.

Voor wat betreft vermogensresultaten uit aandelen is het vermogenswinstartikel (artikel 13 OMV) van belang. Hierboven is reeds geconcludeerd dat er geen ruimte bestaat voor verdragscompartimentering onder deze bepaling. Nederland past in de door haar gesloten verdragen echter een voorbehoud toe in ab-situaties. Dit ab-voorbehoud maakt het mogelijk dat ook de bronstaat heffingsbevoegd is binnen een vastgestelde periode na emigratie uit die staat. Uit het ab-voorbehoud volgt echter slechts dat het vermogenswinstartikel zich niet verzet tegen de uit de nationale recht voortvloeiende vorm van compartimentering (in de vorm van een emigratieheffing en de daarbij behorende conserverende aanslag). Een dergelijke compartimentering vloeit derhalve niet voort uit het vermogenswinstartikel maar uit de Nationale wetgeving. Het ab-voorbehoud kent immers slechts een heffingsbevoegdheid toe aan de bronstaat en spreekt zich niet uit over een toerekening van de winst naar de periode waarin deze daadwerkelijk is ontstaan. Puur kijkend naar de bepaling betreffende vermogenswinsten onder verdragen kan derhalve worden geconcludeerd dat deze geen compartimentering voorschrijft.

Is verdragscompartimentering mogelijk bij arbeidsinkomen en pensioenen?

Artikel 15 OMV regelt de verdeling van de heffingsbevoegdheid ten opzichte van de niet zelfstandige arbeid. Dit artikel bepaalt dat salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen verkregen door een inwoner van een van de staten ter zake van een dienstbetrekking slechts in die staat belastbaar zijn, tenzij de dienstbetrekking in de andere staat wordt uitgeoefend. In het tweede geval mag de 'ter zake daarvan' verkregen beloning in die andere staat worden belast. Uit de jurisprudentie (o.a. BNB 1976/110 en BNB 2001/353) valt af te leiden dat door het gebruik

van de term 'ter zake daarvan' bij de toerekening van de voor- en nadelen uit arbeid het historische verband beslissend is. Het beslissende moment voor de toetsing aan artikel 15 OMV is derhalve het moment waarop de oorzaak van de betaling plaatsvindt en niet het moment waarop de betaling wordt ontvangen. Hierdoor is een temporele toerekening van het ontvangen voordeel mogelijk, dit betekent dat geconcludeerd kan worden dat artikel 15 OMV ruimte kent voor compartimentering.

Voor wat betreft pensioenen bepaalt artikel 18 OMV de heffingsbevoegdheid over pensioenuitkeringen. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat slechts het moment van daadwerkelijk betaling/pensioenuitkering beslissend is voor de toetsing aan deze bepaling. Dit betekent dat slechts gekeken wordt naar de omstandigheden op het moment ten tijde van de betaling en niet naar de omstandigheden ten tijde van de pensioensopbouw. Geconcludeerd kan hierbij worden dat compartimentering in beginsel dus niet mogelijk is onder artikel 18 OMV. Uit BNB 1995/117²⁵⁷ is echter af te leiden dat de term 'betalen' door de Hoge Raad dusdanig wordt geïnterpreteerd dat niet enkel het tijdstip waarop een voordeel daadwerkelijk wordt betaald beslissend is, maar ook de oorsprong van de ontvangen uitkering. In casu werd de pensioenuitkering derhalve gesplitst voor wat betreft verdragsdoeleinden. Mijns inziens is de Hoge Raad terecht uitgegaan van een dergelijke compartimentering omdat in het algemeen in belastingverdragen een onderscheid wordt gemaakt tussen twee typen pensioenbetalingen (privaat en particulier). Door in dit geval voor compartimentering te kiezen doet de Hoge Raad terecht te kennen meer belang te hechten aan de strekking dan aan de letterlijke tekst van de toepasselijke verdragsbepaling. Concluderend kan, gezien de strekking van belastingverdragen ten opzichte van pensioenuitkeringen, worden gesteld dat compartimentering plaats dient te vinden naar degene bij wie de pensioenuitkering daadwerkelijk is opgebouwd, zodat onder verdragen de pensioenuitkering dient te worden verdeeld naar de verdragsbepaling die enerzijds ziet op particulier pensioen en anderzijds op overheidspensioen.

6.3 Analyse bevindingen

Naar aanleiding van het bovenstaande kan worden opgemerkt dat de onderzoeksvraag niet in zijn algemeenheid beantwoord kan worden. Allereerst is het van belang om welk 'type' sfeerovergang het gaat bij de toepassing van compartimentering. Hierin wordt een onderscheid gemaakt tussen regelcompartimentering en feitencompartimentering.

²⁵⁷ HR 23 november 1994, nr. 29 935, BNB 1995/117 met noot Hoogendoorn.

Bij regelcompartimentering onder verdragen zijn de bepalingen van het verdragenrecht relevant voor zover deze zien op de vraag hoe men om moet gaan met de factor tijd. Het verdragenrecht is opgenomen in het VvW, deze bevat internationale afspraken omtrent de uitleg van verdragen en ziet daarmee ook op belastingverdragen. Uit het VvW valt af te leiden dat aan verdragen/regelgeving onmiddellijke werking toekomt. Regelcompartimentering onder verdragen is derhalve, tenzij tussen de verdragsluitende staten expliciet anders is overeengekomen, niet toegestaan.

Bij feitencompartimentering dient een onderscheid te worden gemaakt al naar gelang de verschillende toewijzingsbepalingen. Hierbij is het karakter van de toepasselijke verdragsbepaling van belang. De bewoording en de strekking van de betreffende bepaling zullen doorslaggevend zijn voor wat betreft de mogelijkheid tot compartimentering.

Literatuuroverzicht

Literatuur

- Albert, P.G.A., Annotatie bij HR 17 mei 1995, nr. 30 268, BNB 1995/250, FED 1995/458.
- Albert, P.G.A., Commentaar onder de brief van de staatssecretaris in NTFR 2009/1416.
- Albert, P.G.H., *Nederlands verdragsbeleid vanuit het perspectief van de dga*, WFR 2011/554.
- Bender, T. en Kamman, S. *Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk 2008*, WFR 2011/344.
- Boer, P. den, Annotatie bij HR 18 maart 1992, nr. 27 461, BNB 1992/195.
- Bollen-Vandenboorn, A.H.H. e.a., *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: SDU 2014 (vijfde druk).
- Bouwman, J.N. en Boer, M.J., *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU 2013 (dertiende druk).
- Burgers, I.J., e.a. *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: SDU 2013 (zevende herziene druk).
- Burgers, I.J.J., *Internationaal verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrente: quo vado?*, WFR 2010/259
- Dijk, R.T.E. van, *Dividendtoerekening en waardeveranderingen binnen de deelnemingsvrijstelling*, MBB 1992/138.
- Douma, S.C.W., en Marres, O.C.R., Annotatie onder het Besluit van 16 januari 2002, nr. IFZ2001/1202M, FED 2002/140.
- Egelie, W.F.E.M., Commentaar bij artikel 13h Wet VPB 1969, Deelneming na aandelenfusie, splitsing of juridische fusie, NDFR - Deel Vennootschapsbelasting
- Ellis, M.J., *Waar blijft de tijd?*, Deventer: Kluwer 1995.
- Graaf, A.C.G de, Kavelaars, P. en Stevens, A.J.A., *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (zevende herziene druk).
- Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P. en Schuver, B.F., *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting*, Deventer: Kluwer 2014 (tiende herziene druk).
- Heithuis, E.J.W., *(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders*, TFO 2007/147.
- Hurk, H.T.P.M. van den, *Onderworpenheid en Compartimentering; Europees geïnterpreteerd*, WFR 1994/1434.

- Kavelaars, P., *Conserverende aanslag en verdragen (1)*, NTFRB 2009/28.
- Kavelaars, P., Annotatie bij HR 19 november 2004, nr. 39470, BNB 2005/57.
- Kemmeren, E.C.C.M., *Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers*, WFR 2009/881.
- Kemmeren, E.C.C.M., *Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar*, WFR 2005/1613.
- Kok, Q.W.J.C.H., *Cursus Belastingrecht, Vpb.2.4.4.D.c Volledige compartimentering*.
- Kok, Q.W.J.C.H., *Cursus Belastingrecht, Vpb.2.4.4.D.d Besluiten gepubliceerd in BNB 2000/71 en BNB 2004/445*.
- Lang, M., *Zeitliche Zurechnung bei der DBA-Anwendung, Steuer und Wirtschaft International 7* (1999).
- Marres, O.C.R. en Wattel, P.J., *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2011 (vierde druk)
- Monteiro, W.W. en Koerts, M., *Verslag van de NOB-rondetafelbijeenkomst, sectie EU-recht*, WFR 2011/319.
- Nieuwenhuizen, G.J. van, *Geen compartimentering voor de fiscale beleggingsinstelling bij verliesverrekening*, WFR 1993/900.
- Peters, F.G.F., *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, Deventer: Kluwer 2007
- Pijl, H. *Compartimentering bij verdragen (BNB 2002/402)*, WFR 2003/359.
- Pötgens, F.P.G. en Jakobsen, M., *Het OESO-commentaar betreffende werknemersopties: hinken op twee gedachten!*, WFR 2008/1391.
- Pötgens, F.P.G. en Kapelle, H.M., *Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!*, WFR 2010/74.
- Prokisch, R.G., Annotatie bij HR 11 juni 2004, nr. 37 714, BNB 2004/344.
- Raad, C. van, *De verhouding tussen verdragsrecht en nationaal recht in andere landen*, *Cursus Belastingrecht, IBR.3.1.3.D*.
- Rijkers, A.C., *Met het immigratieland is een belastingverdrag gesloten*, *Cursus Belastingrecht, IB.4.6.1.i.c*.
- Schuch, J., *Die Zeit im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, Wenen: Linde 2002.
- Schuver-Bravenboer, M., *Fiscaal overgangsbeleid: Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever*, Deventer: Kluwer 2012.
- Smit, D.S., *Compartimentering onder belastingverdragen*, Deventer: Kluwer 2004.
- Smit, D.S., *De compartimenteringsleer en belastingverdragen*, TFO 2014/132.2.

- Smit, R.C. de, *Exitheffingen in de winstsfeer: noodzakelijk?*, in Kavelaars, P., (red) e.a., Totaalwinst, Rotterdam: Service Point Erasmus.
- Stevens, L.G.M., *Pensioen in de loonsfeer*, Fiscale Brochures, Deventer: FED 2005.
- Swart, A.H.J., Annotatie bij HR 2 april 1985, nr. 78258U, NJ 1985, 890.
- Vogel, K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International: 1997 (third edition).
- Vries, N.H. de en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vpb.(oud).4.0.0.A.a Voorwaartse en achterwaartse verliesverrekening*.
- Waldock, H., *4th report on te Law of Treaties*, YbILC (1964-II).

Jurisprudentie

Hof Amsterdam

<i>Datum</i>	<i>Rolnr.</i>	<i>Bron</i>
23 oktober 1985	1568/84	BNB 1987/79

Hof 's-Gravenhage

<i>Datum</i>	<i>Rolnr.</i>	<i>Bron</i>
11 mei 1994	91/1788	V-N 1994/3068
24 februari 1998	96/0132	FED 1998/297

Hoge Raad

<i>datum</i>	<i>Rolnr.</i>	<i>Bron</i>
23 november 1955	12 448	BNB 1956/39
25 januari 1961	14 429	BNB 1961/101
17 maart 1965	15 349	BNB 1965/160
10 oktober 1973	17 145	BNB 1974/1
25 februari 1976	17 804	BNB 1976/110
3 november 1976	18 091	BNB 1976/273
5 december 1984	22 486	BNB 1986/351
2 april 1985	78258U	NJ 1985
2 juli 1986	23 444	BNB 1986/305
2 juli 1986	24 837	BNB 1988/59
4 februari 1987	23 560	BNB 1987/131
19 juni 1991	26 102	BNB 1991/268
18 maart 1992	27 461	BNB 1992/195

11 november 1992	28 031	BNB 1993/207
23 november 1994	29 935	BNB 1995/117
17 mei 1995	30 268	BNB 1995/250
22 januari 1997	31 748	BNB 1997/101
6 juni 1979	19 154	BNB 1980/214
10 augustus 2001	35 761	BNB 2001/353
12 juli 2002	36.954	BNB 2002/402
24 oktober 2003	37 565	BNB 2004/257
11 juni 2004	38 112	BNB 2004/345
19 november 2004	39 840	BNB 2005/77
12 mei 2006	39 223	BNB 2007/36
5 december 2008	43 722	BNB 2009/199
20 februari 2009	42 701	BNB 2009/260
20 februari 2009	43 760	BNB 2009/261
20 februari 2009	07/12314	BNB 2009/262
19 juni 2009	43 978	BNB 2009/263
19 juni 2009	07/13267	BNB 2009/265
19 juni 2009	08/02288	BNB 2009/266
15 april 2011	10/00990	BNB 2011/160
13 april 2012	11/01333	BNB 2012/181
14 juni 2013	11/04538	BNB 2013/177
6 december 2013	12/00252	BNB 2014/38

Hof van Justitie

<i>Datum</i>	<i>Rolnr.</i>	<i>Bron</i>
21 november 2002	C-436/00	V-N 2003/12.5

Hof van Justitie EU

<i>Datum</i>	<i>Rolnr.</i>	<i>Bron</i>
29 november 2011	C-371/10	BNB 2012/40

Bundesfinanzhof

<i>Datum</i>	<i>Rolnr.</i>	<i>Bron</i>
19 maart 1996	-	BStBl. II 1996
28 oktober 2009	-	I R 99/08

Schweizerischen Bundesgerichts

<i>Datum</i>	<i>Rolnr.</i>	<i>Bron</i>
12 April 2001	-	Öffentlich-rechtliche Abteilung 2A.551/2001

Court of Appeal

<i>Datum</i>	<i>Rolnr.</i>	<i>Bron</i>
23 mei 2013	HC 12 C 00707	EWCA Civ 2013/578

Kamerstukken en beleid

- Kamerstukken I 1996/97, 24583, nr. 26.
- Kamerstukken I 2006/07, 30 533, nr. C.
- Kamerstukken II 1984/85, 18 915, nr. 3.
- Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nr. 2.
- Kamerstukken II 1989/90, 21 198, nr. 6.
- Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. A.
- Kamerstukken II 1996/97, 24 761, nr. 7.
- Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4
- Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.
- Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 18.
- Kamerstukken II 1999/00, 26 941, nr. 3.
- Kamerstukken II 2000/01, 27 209, nr. 6.
- Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 3.
- Kamerstukken II 2004/05, 30 031, nr. 6.
- Kamerstukken II 2005/06, 30 533, nr. 3.
- Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.
- Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8.
- Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 2.
- Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 5
- Kamerstukken II 2012/13, 33 713, nr. 2.
- Kamerstukken II 2013/14, 33 713, nr. 6.
- Kamerstukken II 2013/14, 33 713, nr. 9.
- Kamerstukken II 2013/14, 33 713, nr. 10.

- Besluit van 11 februari 2002, nr. IFZ2002/40, V-N 2002/14.14.
 - Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98, BNB 2008/119.
 - Besluit van 21 december 2012, nr. IFZ 2012/767, V-N 2013/3.9.
 - Brief staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2009, DB2009/329 M.
 - Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.
 - Aankondiging wetsvoorstel compartimentering deelnemingsvrijstelling, V-N 2013/29.20.
 - Wetsvoorstel compartimenteringsreserve ingediend, V-N 2013/42.10.
 - Voortgang wetsvoorstel compartimenteringsreserve, V-N 2014/3.12.
-
- Mededeling van 19 augustus 1994, nr. IFZ94/705.2, V-N 1994/2812.
 - Mededeling van 19 april 2001, COM(2001)214def.

Overige

- International Court of Justice Reports 1952.
- Reports of International Arbitral Awards, *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 6 maart 1956, Volume XII.
- Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II.
- Commentaries of the OECD on the Articles of the Model Tax Convention 2010.